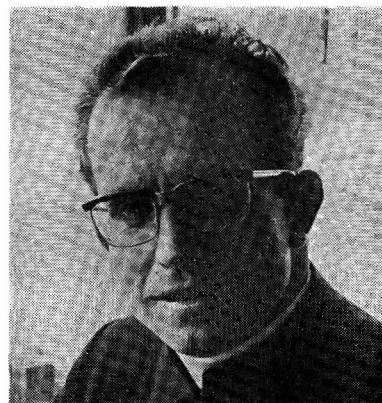




PRINCIPIOS PARA UNA FUNDAMENTACION DEL DERECHO CONTRACTUAL*

Amador García-Bañón



SUMARIO: I. HACIA UN CONCEPTO REALISTA DEL CONTRATO. 1. *Planteamiento de la cuestión*. 2. *Bases metodológicas para una nueva fundamentación del derecho contractual*. 3. *Lógica del esquema*. — II. RELACIÓN ENTRE EL CONTRATO Y LA NORMA ÉTICA (BREVE CONSIDERACIÓN HISTÓRICA). 4. *Crisis de la concepción liberal del derecho*. 5. *Actual crisis del concepto individualista de contrato*. 6. *Permanencia de la institución contractual*. 7. *Premisas para una nueva concepción del contrato*. — III. LA JUSTICIA CONTRACTUAL. 8. *La «ratio debiti»*. 9. *La «ratio debiti» en el con-*

trato. — IV. LA LIBERTAD CONTRACTUAL. 10. *Libre albedrío («vis electiva») y libertad*. 11. *La libertad en el contrato*. 12. *Libertad contractual y bien común*. — V. LA SUBSIDIARIEDAD CONTRACTUAL. 13. *El principio de la subsidiariedad*. 14. *La subsidiariedad en el contrato*. — VI. FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO. 15. *Fundamento de la obligatoriedad moral*. 16. *Obligatoriedad en el contrato*. 17. *La obligatoriedad y los principios de la contratación*. — VII. APORTACIONES METODOLÓGICAS.

I. HACIA UN CONCEPTO REALISTA DEL CONTRATO.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

«Los juristas de hoy tienen ante sí, como tarea perentoria, la de construir

(con una dogmática liberada de perjuicios) un nuevo concepto de contrato, que realmente responda a lo que es. Es indispensable reconstruir la dogmática del contrato, para salvar la enorme distancia que existe entre los conceptos y las realidades de la vida a que se aplican»¹.

* Una primera redacción de este trabajo, dirigida a los civilistas, fue publicada bajo el título *Concepción unitaria del contrato*, en *Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, V (Pamplona 1969) p. 260-337. El autor ofrece ahora una nueva versión, centrada en los aspectos más propios de la Filosofía del Derecho.

1. J. OSSORIO MORALES, *Crisis dogmática del contrato*, en *Anuario de Derecho Civil* (1952) 1.181.

Desde la codificación hasta nuestros días, el contrato se ha legislado y explicado según el llamado «principio de autonomía de la voluntad». Dentro de unos límites muy generales (la ley, la moral, el orden público), la pretendida voluntad autónoma, sin referencia a una consideración trascendente, es erigida en norma única, intangible, como si fuera un dogma (*Willensdogma*, dogma de la voluntad), por la que deben regirse los actos contractuales.

Aún predomina en el campo de la contratación una concepción ética de índole voluntarista, efecto reflejo de un subjetivismo moral que se desarrolla sin ninguna conexión con principios objetivos. Y en nombre de esa omnimoda voluntad, toman carta de naturaleza determinados actos contractuales que repugnan a la ley moral, e incluso a la ley divina, de modo que con frecuencia las actuales estructuras contractuales, impregnadas de un relativismo moral, dan pie a situaciones sistemáticamente injustas.

A nadie satisface ya la concepción individualista del contrato: hablar de la «crisis del contrato» es un tópico de la ciencia jurídica contemporánea. Habría, de todos modos, que puntualizar: más que de una propia crisis de la institución contractual, se trata de una crisis de la concepción individualista del contrato. En efecto, nuevas realidades contractuales, aparecidas en los últimos sesenta años (valga como referencia aproximativa), han hecho ver la insuficiencia de la indicada concepción para explicar estas realidades y plantear de modo correcto su ordenación jurídica.

Contratos regulados por una ley, contratos obligatorios o forzosos, contratos celebrados entre grupos económicos (convenios colectivos), contratos redactados unilateral-

mente por la gran empresa (contratos de adhesión), son manifestaciones de la vida contractual en cuya formación la voluntad individual de un sujeto juega un papel muy limitado. El desarrollo de las formas sociales de interdependencia, característico de nuestro tiempo, va unido, paralelamente, a tal expansión de la vida contractual, que la idea de un poder individual ha perdido vigencia.

Hay otro aspecto importante de este nuevo fenómeno de la contratación. La capacidad de previsión de las partes contratantes, siempre limitada, parece hoy afectada más fuertemente sobre todo en los contratos de larga duración (de tracto sucesivo). Las circunstancias económico-sociales en que un acuerdo se celebró pueden cambiar de un modo desorbitante, como es el caso de la fuerte desvalorización de la moneda, ocurrida en las situaciones de postguerra que siguieron a las dos contiendas mundiales. Supuesta entonces la cláusula implícita *rebus sic stantibus*, se impone una equitativa revisión de las bases del contrato, para restablecer el equilibrio inicial entre las prestaciones, de modo que no se deriven perjuicios para ninguna de las partes contratantes.

Por otro lado, se ha producido en los últimos decenios, como reacción contra la concepción individualista del contrato, un creciente intervencionismo del Estado en la vida contractual. Se manifiesta, sobre todo, como queda apuntado, en los contratos obligatorios o forzosos y en la promulgación de las leyes proteccionistas de los contratantes económicamente débiles. Pero la reacción antiindividualista, en lo que tiene de violenta y peligrosamente invasora de la legítima libertad personal, es criticada hoy por gran

parte de los autores contemporáneos. Individualismo y estatismo se revelan en los contratos, como una consecuencia más de la ruptura entre razón y fe, entre derecho y moral; una escisión que, introducida por el pensamiento luterano, pesa gravemente sobre algunos juristas actuales. Y desechado el subjetivismo jurídico —a nivel individual y a nivel estatal—, se buscan principios de índole objetiva, con que solucionar las cuestiones, teóricas y prácticas, que la contratación tiene hoy planteadas².

2. BASES METODOLÓGICAS PARA UNA NUEVA FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL.

En el fondo se trata de un problema más general: del retorno del derecho a su fundamentación ética, y a su sentido trascendente. Están ya muy manoseadas, muy manidas, afirmaciones de este estilo; pero no se dan soluciones, las orientaciones no aparecen por ninguna parte. Y de eso se trata. Es cierto que estamos todavía inmersos en una concepción individualista del derecho, por otro lado, básicamente positivista, pegada a los datos legales. Pues bien, frente a esta especie de tecnicismo mecanicista sin principios, se nos descubre el gran porve-

nir, de vasto horizonte, que en orden a la renovación de la ciencia jurídica ha de tener una metodología impregnada de ideología. Qué necesaria se muestra, para un teórico del derecho, también para el jurista práctico, una adecuada formación filosófica.

Es una tarea larga, que habrá de realizarse poco a poco, y también institución por institución. La fundamentación de la propiedad está ya en un grado avanzado de estudio, pero en el contrato nos encontramos todavía en los comienzos. Y de modo análogo a como se ha logrado con el derecho de propiedad, los principios de la ética general —persona, sociedad, libertad, justicia, subsidiariedad— están llamados a proyectar su luz sobre el moderno tráfico de la contratación, conduciéndonos, a mi modo de ver, a un planteamiento completo y coherente de los múltiples aspectos que presenta la vida contractual contemporánea.

Se trata, pues, de presentar estos principios de carácter más amplio y general, para pasar enseguida a la aplicación concreta a nuestra institución.

Pero antes parece oportuno ofrecer un capítulo introductorio: a la exposición teórica sobre la importancia del contrato seguirá la indicación de sus relaciones con la ética social, a través de diversas fases de la historia, hasta llegar a la presente crisis de la

2. Bibliografía principal de este estudio: G. MORIN, *La révolte du droit contre le Code. La revision nécessaire des concepts juridiques (contrat, responsabilité, propriété)* (Paris 1945); G. GIANURCO, *Opere Giuridiche* (Roma 1947); F. CANDIL, *La clausula rebus sic stantibus* (Madrid 1947); J. OSSORIO MORALES, *Crisis dogmática del contrato*, en *Anuario de Derecho Civil* (1952) 1.181 ss.; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil, II: Doctrina General del Contrato* (Barcelona 1954); J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español común y foral, III: Obligaciones y contratos*⁸ (Madrid 1954); J. M. LACROIX, *Le public et le privé en 47^e Semaine Sociale de France: Socialisation et personne humaine* (Grenoble 1960) p. 243 ss.; y F. MESSINEO, *Contratto (diritto privato)*, en *Enciclopedia del Diritto*, IX (Milano 1961) p. 796 ss. En adelante, al referirnos a cada una de estas obras, citaremos sólo el apellido del autor.

concepción liberal (consecuencia de la ruptura con el orden ético) y a las perspectivas de una constructiva fundamentación filosófica del contrato, que es lo que proponemos.

Cada uno de los restantes capítulos se abrirá respectivamente, con una exposición concisa sobre la justicia, sobre la libertad, sobre la subsidiariedad y sobre la obligatoriedad en general. Esta parte doctrinal, introductoria de cada capítulo, arranca de los principios de la ética aristotélico-tomista³. Sentado, al inicio de cada capítulo, el principio general, descenderemos inmediatamente a su aplicación a las peculiares características que se ofrecen hoy en la teoría y en la práctica del tráfico contractual.

3. LÓGICA DEL ESQUEMA.

No siempre ha existido —es claro— esa concepción del contrato, que llamamos, y es, liberal. Porque ¿qué está en crisis, la institución contractual o una etapa histórica? La institución permanece en sus líneas esenciales; la crisis está en el esquema de un ambiente cultural determinado de la etapa de la institución. Y lo que aquí se pretende

es explicar la institución contractual con una fórmula válida para cualquier época.

Para reconstruir el concepto de contrato comenzaremos por una exposición histórica, aunque sea breve, que nos muestre si es esencial al contrato la supremacía de la voluntad, o si, por el contrario, la voluntad debe acomodarse a unas normas superiores.

Si la voluntad ha de regirse por unas normas trascendentes, ¿cuáles son esas normas? Late aquí la cuestión de fondo: el derecho tiene su propia autonomía frente a la norma ética; pero ha de estar informado por ella. Y de la misma manera que no es válido un sistema ético centrado en el voluntarismo, tampoco es válido, no sirve como instrumento jurídico —la realidad lo ha demostrado— un sistema contractual que sólo se apoya en la voluntad de la persona. La construcción de la doctrina del contrato ha de descansar sobre principios éticos objetivos.

Ahora bien, si la voluntad ha de regirse por una norma objetiva, ¿cuál es esa norma? ¿Es una o son varias? Y si existe pluralidad de principios, ¿se da entre ellos algún orden? ¿Hay, en este caso, alguna norma suprema, algún primer principio, del que se deriven los demás?

3. Las obras de Santo Tomás de Aquino son citadas siempre de acuerdo con las abreviaturas de la edición de Marietti, que hemos utilizado. A continuación de la sigla, los números, separados entre sí simplemente por una coma, corresponden a las diversas divisiones y subdivisiones de la obra de que se trate (partes, cuestiones y artículos, lecciones y números, etc.), empezando por la mayor —por la más amplia— y terminando en la menor. Estas son las siglas empleadas: CG=*Summa contra Gentiles*; De Reg.=*De regimine principum, ad regem Cypri*; I.=*Prima Pars Summae Theologiae*; II-II=*Secunda Secundae Partis Summae Theologiae*; In Eth.=*In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum expositio*; In Metaph.=*In Metaphysicorum Aristotelis compendium*; In Pol.=*In libros politicorum Aristotelis expositio*; In Sent.=*In quattuor libros Sententiarum Magistri Petri Lombardi* (para esta obra seguimos la edición de Parma 1852-1872).—Sobre la ética social del Aquinate, vid. C. CARDONA, *Metafísica del bien común* (Madrid 1966) 160 p.—Para un enfoque propiamente jurídico, F. OLGATI, *Il concetto di giuridicità in San Tomasso d'Aquino*⁴ (Milano 1955) 225 p.

La ciencia jurídica, que se lamenta del actual estado de crisis, habla hoy de la decadencia de la libertad individual y de un intervencionismo creciente del poder público en los contratos. Atravesamos por un momento de desengaño ante la probada insuficiencia del sistema liberal contractual, y es explicable la reacción opuesta, violenta quizá y exagerada. El tiempo, sin duda, serenará las dos tendencias extremas, pues tanto la libertad personal como la autoridad pública tienen su papel en los contratos. ¿Y no habrá un principio ético superior, que las comprenda y armonice? ¿No existirá acaso una norma suprema que indique lo que el contrato debe a cada una de las partes que en él intervienen, y que señale al mismo tiempo la justa proporción que en el contrato le corresponde desempeñar a la libertad y a la autoridad? Este, si lo encontramos, sería el primer principio por el que han de regirse los contratos.

¿Cuál podría ser ese principio? ¿Quién puede determinar lo que, en el contrato, se debe a los contratantes? ¿Quién puede indicar la justa medida de la intervención de la libertad personal y del poder público en el contrato? Una sola virtud tiene por objeto lo debido a otro; una sola virtud tiene por objeto lo justo: la justicia se nos presenta, pues, como la suprema norma de la contratación. Y entre las tres modalidades de la justicia (distributiva, conmutativa y legal), la justicia legal (o social, como también suele denominársele) ostenta la primacía, porque tiene por objeto el bien común, que es superior a todo bien particular: como es sabido, a la justicia legal se le llama también general, en cuanto que ordena, aunque sólo sea indirectamente, al bien común los actos de todas las demás virtudes,

entre ellas, la justicia conmutativa y distributiva.

Según la conocida doctrina aristotélicotomista, la justicia legal indica que, para el logro del bien común, el papel de los particulares es ejecutivo, realizador (*quasi ministrative*) y que el papel de la autoridad es de integración y dirección (*quasi architectonice*).

En el contrato, la justicia señala el bien debido a las partes interesadas; la libertad personal procura ese bien; y la autoridad lo garantiza. Veremos, por eso, que son tres los principios de la contratación y los denominaremos y enumeraremos por este orden: justicia contractual, libertad contractual, y subsidiariedad contractual.

Por último, en conexión lógica con los mencionados principios, está la cuestión de la fuerza obligatoria del contrato. ¿Dónde radica? ¿En la palabra dada? ¿En la razón de justicia? ¿Qué relación existe, en el contrato, entre bien común y obligatoriedad?

II. RELACION ENTRE EL CONTRATO Y LA NORMA ETICA (BREVE CONSIDERACION HISTORICA).

4. CRISIS DE LA CONCEPCIÓN LIBERAL DEL DERECHO.

La persona necesita de la sociedad para perfeccionarse: tiene una dimensión y finalidad trascendentes, pero que sólo en sociedad —con la garantía eficaz del derecho— puede conseguir. En el lento devenir de la

historia, han ido variando los conceptos de persona y de sociedad, y simultáneamente ha cambiado también la concepción del derecho y, en concreto, la concepción del contrato. No siempre se ha entendido bien a la persona humana, al hombre: es individuo, ciertamente; pero individuo hace relación a especie: cada hombre dentro de la especie humana, es un individuo que, al no agotar la especie, necesita de los demás hombres para perfeccionarse.

El derecho romano no puede ser tachado de individualista, por la razón de que el concepto de individuo presupone una conciencia ya cristiana del hombre. Pero es un hecho que lo que el derecho romano contemplaba como relación de personas —determinadas éstas no por su individualidad, sino por su situación concreta dentro de la familia— se convierte por obra de las ideas liberales de la Pandectística del siglo XIX en un puro individualismo jurídico⁴. Esta conversión era congruente con el sentido de la Revolución francesa y las doctrinas filosóficas y económicas del siglo XVIII que ella consagra: el individualismo y el liberalismo⁵; un triunfo que culmina en las codificaciones prusiana de 1794, francesa de 1804 y austríaca de 1811⁶.

En el código civil francés, de vasta influencia en las legislaciones latinas e hispanoamericanas, detrás del individualismo abstracto está el elemento real y concreto: es la cosa y no la persona; es más bien el código de las cosas y de la riqueza adquirida que el de las personas: protege eficazmente a los hombres que tienen bienes, y descuida a los que están privados de ellos⁷. El código francés continúa la declaración de los derechos del hombre, pero pretende construir la dignidad de la persona sobre tres principios jurídicos: la propiedad privada, la libertad de los contratos, la responsabilidad de ser libre⁸. Es de nuevo la exaltación del individuo: se le considera aislado de las demás personas que con él comparten la especie humana.

5. ACTUAL CRISIS DEL CONCEPTO INDIVIDUALISTA DE CONTRATO.

La Revolución, en contradicción con la tradición de inspiración cristiana, proclamó la libertad del préstamo, aun con interés abusivo; la libertad de venta, sin excluir la lesión a una de las partes; la libertad del contrato de trabajo, que llevó consigo la su-

4. Como me ha hecho notar Alvaro d'Ors, lo que escribe D. SAVATIER, *Le droit au service de la personne*, en *47e Semaine Social de France: Socialisation et personne humaine* (Grenoble 1960) p. 302, acerca del derecho romano, debe referirse más exactamente al derecho romano de Pandectas.

5. MORIN, p. 11.—Acerca de la concepción jurídica del individualismo, vid. J. MESSNER, *La cuestión social*, trad. M. Hereder (Madrid 1960) p. 61.

6. G. SOLARI, *Filosofía del diritto privato, I: Individualismo e diritto privato*² (Torino 1959) p. 341-344.—Sobre la influencia de la «Escuela histórica», principalmente de Hugo y de Savigny, y de la escuela romántica (entre Kant y Hegel) en el derecho privado en general, sin descender al análisis de instituciones jurídicas concretas, vid. G. SOLARI, *Storicismo e diritto privato* (Torino 1940) p. 55-58.

7. MORIN, p. 114 s.

8. Añade SAVATIER, o. c., p. 303, que está probado históricamente que el principio de la «declaración de los derechos del hombre», votado por la Asamblea Constituyente francesa en 1784, fue de origen cristiano.

presión de las corporaciones⁹. Libre acuerdo de voluntades —*duorum in idem placitum consensus*¹⁰—, tal era el esquema voluntarista, que el individualismo liberal acogió con entusiasmo¹¹. Recogiendo el espíritu del liberalismo, el código francés admitió en el campo de las relaciones económicas el sistema de *laissez-faire, laissez-passer*, es decir, la autonomía absoluta de la voluntad en los contratos; los autores del *Code*, y sus intérpretes durante la mayor parte del siglo XIX, consideraban esta teoría contractual como la expresión de lo definitivamente justo¹².

Ya el actual derecho positivo francés, tal como resulta de las nuevas leyes y de la jurisprudencia, está muy alejado de los principios individualistas del código napoleónico: las necesidades económicas y sociales han dado lugar a un nuevo derecho, que está en antinomia con el espíritu del viejo código¹³. Y este fenómeno del derecho francés, se está dando también en los demás sistemas jurídicos: la voluntad era concebida como el gran actor a quien se asignaba el principal papel en la interpretación del derecho contractual; pero la voluntad ha demostrado —es una experiencia histórica— que es insuficiente e incapaz para represen-

tar ese papel¹⁴. Y el contrato deja de depender de la exclusiva voluntad de las partes.

La transformación económica producida desde finales de siglo hasta hoy, ha ido afectando a la disciplina de los contratos, poniéndolos al servicio de la realidad social. La crisis de subproducción de bienes económicos —sobre todo de bienes de consumo y de alojamiento— ha conducido a imponer precios obligatorios y prórrogas *ex lege* a algunos contratos. Ha llevado también a la exigencia de seguridad para el trabajador agrícola; a la reglamentación de las relaciones contractuales de trabajo industrial y de derecho de despido, y a la fijación de salarios mínimos. Muchas más exigencias acarrea para el contrato la nueva realidad social y económica: que determinadas empresas no rechacen ciertos servicios generales por ellas dirigidos en exclusiva (como transporte, teléfono, radioaudición, televisión, gas, electricidad, agua); evitar fenómenos graves de desocupación; defender el valor de la moneda nacional contra maniobras especulativas; impedir que uno de los contratantes se procure exención de responsabilidad frente al otro; desfavor hacia los intereses usuarios; tutela frente al contratante «fuer-

9. MORIN, p. 11. Acerca de la influencia del derecho canónico en la formación del concepto de contrato, vid. E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto commune (Diritti reali e diritti di obbligazioni)* (Padova 1939) p. 217-229.

10. Dig. 2, 14, 2, 1.

11. OSSORIO, p. 1.177.

12. MORIN, p. 12. La definición de contrato que traen los códigos de la época coinciden en el acuerdo de voluntades de virtualidad puramente consensual: vid., entre otros, el código francés (art. 1.101), el chileno (art. 1.438), el argentino (art. 1.137), el venezolano (art. 1.133) y el viejo código italiano (art. 1.321). Como puntualiza MORIN, p. 30, los dos principios de la libertad contractual son la formación del contrato y a fuerza obligatoria del contrato, una vez formado. Se llegó a llamar esta teoría «dogma de la voluntad» (*Willensdogma*); tal era la euforia con que se acogió.

13. MORIN, p. 1 s.

14. Cfr. PUIG BRUTAU, p. 31.

te» que dispone unilateralmente, en todo o en parte, del contenido del contrato; restablecer el equilibrio o proporción entre las prestaciones, lesionado al sobrevenir una excesiva onerosidad¹⁵.

En los diversos países, la transformación económica ha ido penetrando en la disciplina de los particulares tipos de contrato, y ha acabado modificando el contrato en general. Y así, por ejemplo, la nueva legislación italiana sobre el contrato supone una evolución sustancial, determinada por factores sociales¹⁶. La doctrina alemana pone de relieve que las diversas modificaciones introducidas en el derecho contractual corresponden a la peculiar situación económica y social de hoy¹⁷. Por su parte, la jurisprudencia española advierte que «la evolución jurídica camina decididamente hacia una

inflación cada vez mayor de elementos éticos y sociales... De suerte que (la autonomía de la voluntad) va perdiendo volumen en su clásica y amplia esfera de acción»¹⁸.

Bajo la acción de esas fuerzas económicas y sociales, se ha producido una verdadera y propia crisis del concepto clásico de contrato: tanto en el sistema de los principios como en la praxis contractual. La situación de crisis está precisamente en la falta de una precisa elección entre la tradición individualista y la presión de lo nuevo; y así la disciplina jurídica permanece oscilante e incierta, en un estado de transición y de perplejidad¹⁹. Y se habla de «crisis», de «decadencia», de «desintegración» del contrato²⁰.

La actual crisis del concepto de contrato resulta de la decadencia del pensamiento

15. MESSINEO, p. 796 s.

16. MESSINEO, p. 801. La evolución del contrato se debe a la evolución de la realidad económica y social (p. 803 s.). Y antes ha explicado que la fisionomía del contrato en general se ha modificado en el moderno derecho italiano, en virtud de un proceso histórico que tiene su inicio en el último decenio del siglo diecinueve, y en el que se han afirmado, siempre más, nuevas fuerzas político-económicas que han influido en la evolución del derecho contractual (p. 796).

17. Nipperdey, Enneccerus y Lehmann se refieren a la determinación de los precios, a los arrendamientos rústicos y urbanos, al contrato de trabajo, a la obligación de someterse a las condiciones generales del contrato, y a la subordinación de los contratos a la aprobación o autorización de la administración pública. Cfr. MESSINEO, p. 796.

18. Sentencia del Tribunal Supremo español, de 2-IV-1946.

19. MESSINEO, p. 806 s., alude a dos principios en pugna en la disciplina del contrato: la voluntariedad y la imputación de los efectos.

20. Entre otros, OSSORIO, p. 1.175-1.186. Según CASTÁN, p. 321 s., esa crisis o «decadencia» está por el intervencionismo estatal y por la exaltación de la idea de comunidad. R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques du droit civil d'aujourd'hui*¹⁰ (Paris 1952) p. 22, 59, emplea la imagen de «l'éclatement», literalmente «explosión», pero más propiamente «desintegración»: hay fenómenos —dice— en que la voluntad de las partes queda relegada a un plano secundario (contrato colectivo) y los efectos contractuales van más allá de los queridos y previstos por los contratantes (por ejemplo, la duración del arrendamiento o del contrato agrario).—No parece acertado el modo de explicarse PUIG BRUTAU, p. 43: afirma que el derecho contractual vive hoy una verdadera «pseudomorfosis», en el sentido de que se aplica a la calificación de una realidad social y económica opuesta a la esencia del derecho contractual. Hablar de pseudomorfosis trasluce un aferramiento al viejo molde del contrato, que se considera ideal y definitivo; lo que hay, a mi entender, es una «metamorfosis» o transformación de la concepción contractual liberal en un derecho contractual nuevo, cuyo concepto no se ha acabado de precisar todavía.

liberal. El liberalismo individualista —decíamos— desconoce qué es la persona²¹; y no conoce tampoco plenamente lo qué es la libertad. La libertad presupone la posibilidad de elección entre esto y lo otro, entre hacer o no hacer (libre albedrío), pero propiamente libertad, en su más pleno sentido, es la autoordenación personal a realizar el fin; la libertad sólo puede comprenderse en el ámbito del fin, en el ámbito del bien, no ya del bien individual, sino también del bien común²². Y el liberalismo no lo entendió así: vio ahí únicamente una faceta de la libertad humana, un aspecto de la realidad²³.

Parcial en su concepción del hombre, el pensamiento liberal ha penetrado todas las ciencias. Al derecho liberal, a la economía liberal, a la psicología liberal, corresponde una ética individual, de examen de conciencia severo, que se guía por la intención y casi siempre desdeña el acto objetivo. La influencia liberal ha actuado en la vida de muchos que practican acaso heroicamente las virtudes privadas, incluidas las familiares y profesionales, pero que son ignorantes de las virtudes públicas, derivadas de la justicia social²⁴. Tal mentalidad ha dejado en el campo jurídico y moral un lastre de subjetivismo todavía no superado del todo.

6. PERMANENCIA DE LA INSTITUCIÓN CONTRACTUAL.

En el terreno de los principios, la crisis conceptual del contrato permanece. En general, la lentitud de la transformación de conceptos, su adecuación a las nuevas realidades, se explica en parte por la pereza del espíritu inventivo del hombre, frente a la rapidez de movimiento de la vida económica y social²⁵; y se explica también por la misma ley de la evolución. En materias sociales, como el derecho, nunca queda rota la continuidad entre el presente y el pasado²⁶. Si es necesario suavizar, atemperar los conceptos tradicionales a fin de que respondan lo mejor posible a las exigencias del momento, conviene también conservarlos en su tenor verbal para hacer el enlace entre el presente y el pasado, y asegurar la continuidad del derecho²⁷. La ley de la evolución responde a una necesidad psicológica del hombre: la necesidad de estabilidad. Las palabras sobreviven a las realidades que las encubren y se evita en la masa de los hombres la conciencia de las transformaciones sociales. Se facilitan, así, las evoluciones, se evita la sensación de innovación; y cuando se abandonan las viejas fórmulas, para expresar por

21. El individuo concebido como naturalmente bueno, perfecto, autosuficiente, era considerado como si estuviera solo en el mundo. El individualismo pretendía ignorar la coexistencia de los hombres en el espacio y su sucesión en el tiempo, la continuidad de las generaciones. Titular soberano de derechos, el individuo no tenía más límites ni más obligaciones que las que quería imponerse a sí mismo. MORIN, p. 109 s.

22. Vid. *infra* § 10.

23. El liberalismo ha sido con frecuencia más una teoría que una realidad. LACROIX, p. 243.

24. LACROIX, p. 24 s.

25. MORIN, p. 3.

26. J. PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho comparado* (Barcelona 1951) p. 28, 80.

27. Cfr. MORIN, p. 5, que recoge el pensamiento de Jousserand.

fin los conceptos ajustados a la realidad, se revela entonces lo que ya se había realizado mucho antes. Una constante de la evolución del derecho es, en efecto, el disfrazamiento del orden nuevo bajo el mando del antiguo orden. Quiere una curiosa ley sociológica que los cambios jurídicos no se desarrollen a cielo abierto, sino ocultos en las tradicionales nociones técnicas, que protegen la nueva realidad²⁸. Adecuándose a las exigencias y realidades del momento, el derecho evoluciona; y estas transformaciones suelen ser menos rápidas y menos perceptibles en la esfera del derecho privado, que en la del público. La ciencia privatista, esencialmente conservadora, se resiste a abandonar sus esquemas y a crear nuevas categorías; sigue utilizando los conceptos, las clasificaciones, las líneas externas de un sistema adoptado a través de los siglos, como si nada hubiera cambiado. Pero esa subsistencia formal y terminológica enmascara con frecuencia mutaciones substanciales del derecho vivo²⁹.

Es lo que ocurre ahora en el derecho contractual las realidades de la vida, al calor

de nuevas necesidades, están creando nuevas figuras de negocios jurídicos que, aun cuando conservan el nombre de contrato, van deformando los principios individualistas que últimamente regían la contratación³⁰. El derecho contractual ha cambiado; presenta una faz nueva. Y a una nueva realidad jurídica diferente ha de corresponder una diferente concepción. ¿Cuál es ese nuevo concepto de contrato? ¿En qué se funda?

7. PREMISAS PARA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DEL CONTRATO.

A) Sociabilidad, persona y contrato.

Es natural al hombre procurar en su propia vida su bien y su perfección; y esto no le es posible sino viviendo en sociedad: vivir en sociedad es una exigencia para el hombre³¹. Una persona solitaria no puede bastarse a sí misma³², necesita de los demás miembros de la sociedad³³. En la vida moderna, la necesidad que unos tienen de otros,

28. MORIN, p. 2 s., trae aquí a colación la afirmación de Ihering, según la cual una de las leyes de la evolución del derecho es la ley de economía de medios, variedad de la ley del mínimo esfuerzo.

29. OSSORIO, p. 1.175 s. Comenta que, por ejemplo, seguimos llamando «propiedad» a ese conjunto de funciones, cargadas de deberes sociales, que tanto dista del contenido de la categoría tradicional; y «patria potestad» a esa delicada función tuitiva y de asistencia, que ya ni es sólo patria, ni es sólo potestad.— Puede leerse «Dall'esperienza giuridica al concetto», y también «Il realismo giuridico», en OLGIIATI, *Il concetto di giuridicità* cit., p. 1-8 y 162-172, respectivamente.

30. También en OSSORIO, p. 1.181.

31. En esta conocida doctrina aristotélica insiste el Aquinate a lo largo de sus obras, de diversos modos: «Dicitur homo naturaliter politicus» (*In IV Sent.* 26, 1, 1); «homo naturaliter est animal sociale» (*In I Eth.* 1, 4); «homo naturaliter est animal civile» (*In I Eth.* 9, 112), etc.

32. Vid. consecuencias sociológicas y jurídicas de esta afirmación en LACROIX, p. 248 ss.

33. *De Reg.* 1, 1: «Unus homo per se sufficientem vitam transigere non potest. Est igitur naturale quod in societate multorum vivat»—*In VII Eth.* 9, 1.665 s.: «Videtur enim quod omnes communicantes conveniunt in aliquo utili; ad hoc scilicet quod adquirant aliquod eorum, quae sunt necessaria vitae. Et hoc etiam videre politica communicatio: quia propter utilitatem communem videntur cives, et a principio simul convenisse, et in hoc perseverare».

fundamento próximo de la naturaleza social, está aún más acentuada: cada uno reduce el propio campo de acción para dedicarse las más de las veces a la producción de un sólo bien o servicio; es más, se limita de ordinario a participar en medida extremadamente modesta en su proceso productivo. Así nadie produce todo lo que consume, pero todos —más o menos— producen bienes o servicios destinados a satisfacer necesidades de otros, y proveen a las propias necesidades con productos ajenos que reciben a cambio de los que ofrecen.

Hablábamos de que la necesidad es el fundamento próximo de la vida social, porque radicalmente la sociabilidad reside en la participación predicamental que se da entre seres de una misma especie. Es la primera fuente en donde encontramos la tendencia social por la que el hombre tiende a unirse con sus semejantes. Cada individuo no agota todas las perfecciones de la especie, aun cuando todos realicen las perfecciones esenciales³⁴.

Por ser creado, el hombre posee, como todas las criaturas, el *esse* por participación. Y a esta participación añade otra: la participación de la especie. Un hombre no es toda

la especie, sino parte de ella; todos los hombres realizan la especie humana. En la doble participación indicada se funda la limitación del hombre, la condición del hombre como parte. Para poder satisfacer sus necesidades —espirituales y materiales— el hombre ha de integrarse, como parte, en la sociedad civil³⁵.

Importa aquí precisar los términos. El concepto de persona es diverso y superior al de parte, porque la persona en cuanto tal —subsistente e incommunicable— no es parte de nada. La persona es algo completo, que no puede ser ordenado a formar unidad con otro; no es una pieza material, y en este sentido no está plenamente ordenada a la colectividad social³⁶. La persona no puede ser parte de una sustancia, porque ella es sustancia; pero no se excluye que en el orden accidental —aunque necesario— la persona sea parte de algo. De un modo accidental y necesario, el hombre es parte de la sociedad: necesita para su desarrollo estar integrado en ella. No todo el fin del hombre —como es obvio— es fundirse en la sociedad, puesto que la trasciende y la supera; el fin del hombre no se queda en la comunidad política³⁷, es estrictamente personal;

34. *De coelo*, 29, 52: «Sigula autem individua rerum naturalium quae sunt hic sunt imperfecta, quia nullum eorum comprehendit in se totum quod pertinet ad suam speciem».

35. Comentando la naturaleza social del hombre, *In I Eth.* 1, 4: «Primo quidem ad ea quae sunt vitae necessaria, sine quibus praesens vita transigi non potest: et ad hoc auxiliatur homini domestica multitudo, cuius est pars. Alio modo iuvatur homo a multitudine cuius est pars ad vitam sufficientem perfectam; scilicet ut homo non solum vivat, habens omnia quae sibi sufficiunt ad vitam: et sic homini auxiliatur multitudo civilis, cuius ipse est pars, non solum quantum ad corporalia..., sed etiam quantum ad moralia».

36. *I-II*, 21,4, ad 3: «Homo non ordinatur ad communitatem politicam secundum se totum et secundum omnia sua... Sed totum quod homo est et quod potest et quod habet ordinandum est ad Deum».

37. Para los romanos, el término «persona», tomado de la lengua del teatro, designaba propiamente la máscara que llevaba el actor, y, en un sentido derivado, el actor mismo que representaba su papel. Conforme a esta etimología, la persona humana, en su concepción cristiana, es el hombre considerado en

pero sólo puede alcanzarlo la persona estando en sociedad, siendo social³⁸: en la ordenación divina de las cosas, el bien de la sociedad es procurar a los hombres que vivan bien, lo que les resultaría imposible alcanzar de un modo aislado y solitario³⁹.

El fin del hombre —*vivere secundum virtutem*— únicamente puede alcanzarse en el seno de la sociedad, mediante la comunicación de bienes y de servicios de unos hombres a otros, para que todos tengan lo necesario para la vida⁴⁰. La vida de cualquier sociedad no se agota con una simple relación de coexistencia entre sus miembros, sino que exige también una relación de cooperación, en el sentido estricto de la palabra; esto es, en el sentido de que cada uno ofrezca a los otros lo que está en condiciones de dar, y reciba de los otros aquello de que tiene necesidad. Y se logra cambiándose todos, según las circunstancias, cosas y servicios que satisfacen las múltiples exigencias y aspiraciones del ser humano: materiales, afec-

tivas, espirituales, morales. En el cambio consiste principalmente la vida económica de la sociedad moderna, entendida como complejo de las actividades de los ciudadanos dirigidas a producir, distribuir y consumir los bienes destinados a las satisfacciones de las necesidades materiales de los hombres y también las espirituales (bienes de la cultura, del arte, etc.).

Cuando el cambio es bilateral e interesado, tenemos el contrato oneroso, el más importante vehículo de la vida de relación, el instrumento típico del así llamado «tráfico jurídico», el medio principal de las relaciones económicas entre los hombres, como exigencia del cambio de bienes y servicios⁴¹.

B) Necesidad de una fundamentación ética del contrato.

En el plano científico, la laicización de las normas jurídicas, la ruptura del derecho con la moral⁴², ha supuesto no un avance,

su vocación espiritual, en sus deberes, en la trascendencia de su ser, en su destino supraterrrestre, que funda la grandeza y la eminente dignidad del hombre. MORIN, p. 113.

38. D. LOTTIN, *Morale fondamentale*, I (Paris 1954) p. 200, n. 2.

39. *De Reg.* 1, 14: «Videtur autem finis esse multitudinis congregatae vivere secundum virtutem. Ad hoc enim homines congregantur, ut simul bene vivant, quod consequi non posset unusquisque singulariter; bona autem vita est vivere secundum virtutem: virtuosa igitur vita est congregationis humanae finis».

40. *In Pol.* 1, 31: «Cum omnis communicatio omnium hominum ordinetur ad aliquid necessarium vitae, illa erit perfecta communitatis, quae ordinatur ad hoc, quod homo sufficienter quidquid est necessarium ad vitam».

41. Para un examen de las posibles funciones del contrato, además de instrumento de colaboración espontánea entre las personas, vid. G. GARRESI, *Gli effetti del contratto*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.* (1958) 497-504.

42. Fue Grocio quien comenzó la obra de laicización de las normas jurídicas. Y los lazos del derecho con la moral fueron completamente rotos en la doctrina de la filosofía individualista del siglo XVIII, esa doctrina de la que Kant fue el teórico por excelencia, y que Rousseau divulgó con su genio literario y su oratoria apasionada. El hombre soberano —piensan— no puede ser obligado por ninguna autoridad exterior, por grande que se la suponga, sino solamente por su propia voluntad. Kant dirá que una persona no puede ser sometida a otras leyes que las que se da a sí misma, sea sola, sea en concierto con otras. MORIN, p. 33 s.

sino un retroceso, que en la disciplina contractual es innegable, como hemos sucintamente examinado. Urge reconstruir el concepto de contrato ⁴³.

Para subsanar esa rémora científica y doctrinal, y llegar a una comprensión plena del contrato, parece necesario volver a los principios de la ética clásica. Los principios jurídicos se entienden como meros criterios instrumentales, que reciben contenido de los fines a que está dirigida la razón humana. Pero los fines humanos son esencialmente de naturaleza ética, y está eliminada toda posibilidad de conflicto entre la ética, ciencia de los fines, y el derecho, ciencia de los medios ⁴⁴. No es que el derecho haya de confundirse o identificarse con la ética, pues son ciencias autónomas; pero el derecho no puede separarse de la ética: es una actividad humana que debe regirse por la ley ética, que es la ley del hombre. Al mismo tiempo el derecho es distinto y subordinado a la ética ⁴⁵. De aquí que, en una institución jurídica, el juicio de validez científica debe con-

verger (nótese: converger, no identificarse) con el juicio ético ⁴⁶.

El examen de la realidad del mundo jurídico, según las características asumidas en esta época, ha dado lugar a una interesante aplicación de los principios éticos inmanentes; el dinamismo de la vida jurídica contemporánea va creando nuevos y complejos problemas que tienen estrecha conexión con la ética social ⁴⁷. Por otra parte, el derecho moderno progresa, y tiende a convertir en jurídicos muchos deberes morales ⁴⁸. En esta hora de las transformaciones jurídicas, los cultivadores del derecho, buscan el fin coordinador; para la ciencia del derecho, los principios de la ética social tienen hoy la palabra definitiva.

C) Principios fundamentales del derecho contractual.

Entre los principios informadores del derecho, y prescindiendo ya de la caótica situación presente por la que el concepto individualista de contrato atraviesa, parecen ha-

43. Se trata de algo más hondo que una nueva tendencia, o un nuevo sentido, o una nueva orientación, que pueda explicarse sin soltar las amarras de la concepción individualista del contrato. OSSORIO, p. 1.184.—LACROIX, p. 262, confía en que, gracias a sus tradiciones, a su formación y técnicas tan precisas, los juristas sabrán encontrar categorías adaptadas a la nueva situación.

44. Aplicamos al derecho el argumento dado, con referencia a la economía, por F. VITO, *Economia politica corporativa, Parte generale* ⁵ (Milano 1943) p. 122.

45. P. PAVAN, *Riforme economiche e principi morali*, en *XXIX Settimana sociale dei cattolici d'Italia: Vita economica ed ordine morale* (Bergamo 1956) p. 300 s. Este pensamiento, que el autor refiere a la economía, es válido también para el derecho económico o patrimonial.

46. S. LOMBARDI, *Attività economica privata e ordine morale*, en *XXIX Settimana cit.*, p. 64.—Vid. «Diritto ed etica», en OLGATI, *Il concetto di giuridicità cit.*, p. 113-205.

47. Tratando siempre del concepto más general de la actividad económica, cfr. *Prefazione* de la *XXIX Settimana cit.*, p. 7, 11.

48. Lo confirman así las orientaciones contemporáneas acerca de la obligación natural, que significan una notable ampliación de la esfera del derecho y que reconocen que el imperativo de la conciencia ya no es cosa indiferente al derecho. G. RIPERT, *La règle moral dans les obligations civiles* ² (Paris 1949); E. LUÑO PEÑA, *Derecho natural* ² (Barcelona 1950) p. 416.

llarse tres, de los que cabría deducir toda la teoría del contrato; se consuman en una coherente unidad de doctrina (el bien común), y tienen la virtud de armonizar aspectos de la actual realidad jurídica del contrato, que pueden, acaso, parecer contradictorios. Tales principios, que, a nuestro juicio, configuran la institución contractual, los formulamos según este preciso orden jerárquico:

- 1.º) La justicia contractual.
- 2.º) La libertad contractual.
- 3.º) La subsidiariedad contractual.

He aquí la renovación del concepto de contrato, con argumentos de carácter general orientados a acoger el principio y el hecho de la subordinación de las instituciones jurídicas al orden ético. Este avance científico está basado en exigencias internas del derecho: la exigencia ética viene desde dentro mismo del derecho, porque toda la actividad jurídica, y la misma ciencia jurídica, en su lógica, no pueden concretarse y desarrollarse, si no es en vista del fin ⁴⁹.

Con continua referencia a las exigencias del bien común, y en una estrecha conexión con el desarrollo de la sociedad contemporánea, la nueva concepción nos saca al contrato de la moral individualista, para situarlo en el ámbito del bien común ⁵⁰.

III. LA JUSTICIA CONTRACTUAL.

La justicia contractual se nos presenta como la suprema norma por la que ha de regirse la contratación.

Dado que el derecho es el objeto de la justicia ⁵¹, todo el ordenamiento jurídico en la justicia ha de fundarse: debe ser informado por la justicia, a quien corresponde una función equilibradora de las exigencias individuales y sociales en el seno de la familia humana. La justicia es inmanente a las instituciones fundamentales de la sociedad humana.

Se impone, como método, el estudio de la *ratio debiti*, que es lo esencial de la justicia. Así podremos después examinar cómo se da la justicia, o mejor, la *ratio debiti* en el contrato.

8. LA «RATIO DEBITI».

A) *La «ratio debiti», característica esencial de la justicia.*

Característica propia de la justicia es, en efecto, la *ratio debiti*, la razón de deuda ⁵². El derecho, lo justo, objeto de la justicia, es algo adecuado, algo en cierto modo debido a otro; el derecho supone una relación

49. Paralelo al progreso de la ciencia jurídica, se ha producido, y se continúa produciendo, un desarrollo de la ciencia de la economía, que es del que habla la *Prefazione*, cit., p. 7 s.

50. GIANTURCO, p. 266.

51. II-II, 57,1c.: «Ius est obiectum iustitiae».—Vid. «La giustizia», en OLGATI, o. c., p. 78-102.

52. I-II, 99,5, ad 1: «Sola iustitia, inter alias virtutes importat rationem debiti». En Santo Tomás, «ratio» significa a veces la esencia de un concepto («ratio iustitiae», por ejemplo); o bien el motivo de una afirmación («cuius ratio est»), o bien lo que se contrapone a lo real. G. GONELLA, *Diritto e morale. Saggi di teoria e storia* (Milano 1960) p. 59.—Aquí la expresión «ratio debiti» indica la esencia de la justicia.

entre dos, una relación a otro, y esa adecuación o débito a otro ha de ser según una cierta igualdad⁵³. Ahora bien el equilibrio que la justicia pretende tiene una medida no exclusivamente subjetiva, sino también —y sobre todo— una medida objetiva; la justicia establece entre dos personas cierta proporción de igualdad que versa sobre cosas reales que una persona debe a la otra⁵⁴.

B) Doble modalidad de la «ratio debiti».

Existen dos modos posibles de deber a otro alguna cosa, porque dos pueden ser los términos de la relación: bien el hombre considerado singularmente, o bien la comunidad, que es la consideración colectiva del hombre, el conjunto de hombres de un gru-

po social. Y cada modo tiene su propia *ratio debiti*⁵⁵.

a) «Ratio particularis».

En cierta manera, el hombre es a la comunidad como la parte al todo. Lo que la comunidad debe a los hombres (justicia distributiva) y lo que los miembros se deben entre sí (justicia conmutativa) se llama justicia particular⁵⁶, que, como su nombre lo dice, tiene por objeto un bien particular. Y lo que la persona debe a la colectividad es la justicia social o legal⁵⁷, cuyo objeto es el bien común. Justicia particular y justicia social tienen una *ratio debiti* diversa⁵⁸.

¿Qué debe la sociedad a la persona? Para responder, hay que tener presente que todos los bienes, tanto morales como materiales, son patrimonio común del linaje

53. II-II, 57,2c.: «Ius, sive iustum, est aliquod opus adaequatum alteri secundum aliquem aequalitatis modum».—La justicia «importat enim aequalitatem quamdam, ut ipsum nomen demonstrat: dicuntur enim vulgariter ea quae adaequantur 'iustari'. Aequalitas autem ad alterum est» (II-II, 57,1c.). «Iustitia in aequalitate consistit» (II-II, 62,2c.).

54. II-II, 58,10c.: «Medium iustitiae consistit in quadam proportionis aequalitate rei exterioris ad personam exteriorem. Aequale autem est realiter medium inter maius et minus... Unde iustitia habet medium rei».

55. II-II, 58,5c.: «Iustitia, sicut dictum est, ordinat hominem in comparisonem ad alium. Quod quidem potest esse dupliciter. Uno modo ad alium singulariter consideratum. Alio modo, ad alium in commune, secundum scilicet quod ille servit alicui servit omnibus hominibus qui sub communitate illa continentur. Ad utrumque igitur se potest habere iustitia secundum propriam rationem».

56. II-II, 61,1c.: «Iustitia particularis ordinatur ad aliquam privatam personam, quae comparatur ad communitatem sicut pars ad totum. Potest autem ad aliquam partem duplex ordo attendi. Unus quidem partis ad partem: cui similis ordo unius privatae personae ad alium... Alius ordo attenditur totius ad partes: et huic ordini assimilatur ordo eius quod est commune singulas personas... Et ideo duae sunt iustitiae species, scilicet commutativa et distributiva».—Cfr. también I, 21,1c.; II-II, 60,3, ad 3; In II Sent. 33,3,4.

57. Según B. H. MERKELBACH, *Summa Theologiae Moralis*, II (Paris 1936) p. 268, el concepto de justicia legal del Aquinate se identifica con la actual expresión de «justicia social», cuyo uso se ha generalizado totalmente hoy día.

58. II-II, 58,7, ad 2: «Alia est ratio boni communis et boni singularis, sicut alia est ratio totius et partis».—Acerca de las diferencias entre las tres especies de justicia, en cuanto al objeto, al sujeto y a la «ratio aequalitatis», vid. MERKELBACH, o. c., p. 254.

humano. El Creador ha dado los bienes no a la persona directamente, sino a la comunidad, para que los haga fructificar en beneficio de todos; y contando la sociedad con todos los recursos suficientes para la vida de los hombres que la integran, está obligada a auxiliarlos en lo material y en lo moral⁵⁹. Los bienes creados por Dios para todos los hombres deben llegar equitativamente a todos, en proporción a las necesidades de cada uno. Esta es la justicia distributiva, que decimos tiene una *ratio individualis*: su razón de ser es la satisfacción de las necesidades del individuo singularmente considerado⁶⁰.

Presupuesta la equitativa, la justa distribución de los bienes de la sociedad a cada uno de sus miembros, entramos en las mutuas relaciones entre ellos. La sociedad debe proveer al individuo de determinados bienes, con una valoración conveniente para cubrir la totalidad de sus propias necesidades; a cada uno, cosas distintas, que entre sí habrán de intercambiarse. Y la justicia conmutativa, indicará la norma para que el cambio sea equilibrado, de modo que las personas que intervienen resulten beneficia-

das⁶¹. Por eso afirmamos que la justicia conmutativa tiene una *ratio dualis*.

b) «*Ratio socialis*».

Cada individuo tiene algo que le es debido por la comunidad; las personas se vinculan entre sí mediante relaciones bilaterales, que otorgan a cada una derechos frente a la otra parte. Y a la comunidad ¿no se le debe nada? Si de ella se han recibido, directa o indirectamente, los bienes necesarios para el *vivere secundum virtutem*, es menester corresponder de algún modo. La comunidad, depositaria del bien común, lo tiene participadamente, de un modo limitado. Y la persona, con su libre iniciativa, puede y debe perfeccionarlo: está obligada a contribuir, a aportar por su parte cuanto pueda para la actualización del bien común, que no es una realidad estática, sino dinámica. Una comunidad, la comunidad política, es perfecta porque la persona encuentra en ella lo que le es necesario para la vida⁶²; y cuantas más necesidades de los individuos que la componen puede satisfacer, más perfecta será la comunidad⁶³. La persona de-

59. *In I Eth.* 1,2,30: «Ut homo non solum vivat sed et bene vivat, habens omnia quae sibi sufficiunt ad vitam: et sic homini auxiliatur multitudo civilis, cuius ipse est pars, non solum quantum ad corporalia..., sed etiam quantum ad moralia».

60. La justicia distributiva —su «ratio debiti»— está propia y formalmente en el que preside y distribuye los bienes; pero está también en los súbditos «participative» en cuanto que se encuentran conformes con lo recibido. MERKELBACH, o. c., p. 254.

61. *II-II*, 61,4c.: «In omnibus autem his debet fieri secundum rationem iustitiae commutativae, recompensatio secundum aequitatem: ut scilicet passio recompensata sit aequalis actioni».

62. *In Pol.*, 1,1,31: «Cum omnis communicatio omnium hominum ordinatur ad aliquid necessarium vitae illa erit perfecta communitas, quae ordinatur ad hoc, quod homo habeat sufficienter quicquid est necessarium ad vitam: talis autem communitas est civitas. Est enim de ratione civitatis quod in ea inveniuntur omnia quae sufficiunt ad vitam».

63. *De Reg.* 1,1: «Cum autem homini competat in multitudine vivere, quia sibi non sufficit ad necessaria vitae, si solitarius maneat oportet quod tanto sit perfectior multitudinis societas, quanto magis per se sufficiens erit ad necessaria vitae».

be contribuir al mayor perfeccionamiento de la sociedad en que vive, por una razón de justicia, porque, lo que tiene, de la sociedad lo ha recibido. Existe, pues, una *ratio socialis*, una deuda que se tiene con la sociedad; y la justicia es la justicia social, que tiene por objeto el bien común, bien difusivo que redunde en beneficio de los miembros de la comunidad.

C) Primacía de la «*ratio socialis*».

Ratio socialis y *ratio particularis* participan del bien, pero en diverso grado⁶⁴: más perfectamente en la *socialis* que en la *particularis*, de la misma manera que es más perfecta la justicia social que la particular, el bien común que el bien meramente particular⁶⁵. Y entre todas las comunidades humanas, que se forman para lograr fines que individualmente no podrían conseguirse, la más perfecta es la comunidad política, que

incluye a todas las comunidades menores, y que es *per se* autónoma para la obtención de todo lo suficiente para la vida de sus propios miembros⁶⁶; persigue un bien superior a los fines privados —de más limitado alcance— de las demás comunidades⁶⁷.

Es preferible el bien de muchos que el bien de uno sólo⁶⁸; porque el bien del todo —el de una comunidad— repercute en el bien de cada una de sus partes⁶⁹: el bien común, esencialmente comunicativo a todos y a cada una de sus partes componentes, se difunde y comunica a todos y cada uno de los miembros de la sociedad, como el bienestar del organismo alcanza a todos sus miembros; y la comunicación a los miembros tiene lugar proporcionalmente con las aptitudes y lugar que ocupa cada uno de ellos dentro de esa comunidad orgánica que es la sociedad⁷⁰. Quien busca el bien común, busca el bien de los otros, y además su propio bien, que no podría lograrse, si no se da

64. Bien particular y bien común se encuentran en la misma proporción que la parte al todo; tienen, por eso, una diferente formalidad que los especifica: «Bonum commune civitatis et bonum singulare unius personae non differunt solum secundum multum et paucum, sed secundum formalem differentiam» (II-II, 58,7, ad 2).—Vid. la evolución de la doctrina del Aquinate sobre el bien común y el bien privado, en O. LOT-
TIN, *Morale fondamentale*, I (Paris 1954) p. 189-201.

65. II-II, 58,12c.: «Si loquitur de iustitia legali, manifestum est quod ipsa es praeclarior inter omnes virtutes: in quantum bonum commune praeminet bono singulari unius personae».

66. Existen una serie de comunidades —la familia, la asociación profesional, etc.— hasta llegar a la comunidad política (la «civitas»), que es la comunidad más perfecta. «Quarum quidem communitatem cum diversi sunt gradus et ordines, ut ultima est communitas civitatis ordinata ad per se sufficientia vitae humanae. Unde inter omnes communitates humanas ipsa est perfectissima» (In I Pol. proemium, 3 s.). E insiste: «Manifestum est autem civitas includit omnes alias communitates... Et ipsa communitas politica est communitas principalissima» (In I Pol. 1,11).

67. II-II, 124,5, ad 3: «Bonum reipublicae est praecipuum inter bona humana».—II-II, 117,6c.: «Et in bonis humanis bonum publicum praeminet bono privato».

68. In III Sent. 30,1,4: «Quia caritas ordinem habet et plus debet diligere... bonum commune multorum quam bonum privatum unius».

69. II-II, 58,9, ad 3: «Bonum est finis singularium personarum in communitate existentium, sicut bonum totius finis est cuiuslibet partium».

70. S. RAMÍREZ, *Doctrina política de Santo Tomás* (Madrid 1952) p. 34 s.

el bien común de la familia, de la asociación, de la ciudad, de la comunidad política⁷¹.

El bien privado debe ordenarse al bien público como a su fin mismo; toda actividad de la parte debe orientarse al bien del todo⁷². Como el bien es difusivo, toda acción dirigida al bien común está en cierta manera tendiendo al propio fin; pero además —es el otro aspecto de la estrecha interrelación entre bien particular y bien común— es que, quien busca ordenada y proporcionalmente su bien propio dentro del conjunto social, estará en cierta medida realizando el bien común. Lo que es parte es algo del todo, lo que es propio de la parte es también propio del todo. No se resiste aquí la comparación con el cuerpo humano, donde el bien de un miembro redundaba en el bien de todo el organismo. Así la actuación de una persona —el bien que hace o deja de hacer— no es sólo asunto individual, sino que afecta a toda la sociedad, de forma análoga a como el buen, o menos bueno, funcio-

namiento de un miembro del cuerpo, afecta siempre a todo el organismo humano.

Los dos principios generales —hacer el bien y evitar el mal⁷³— quedan aquí matizados del siguiente modo: hacer el bien debido, en orden a la comunidad; y evitar el mal, subordinando, cuando sea preciso, el bien particular al bien común, que es más perfecto; si un interés particular contrasta con el bien común, en realidad no es bien: es un mal, y hay que evitarlo.

9. LA «RATIO DEBITI» EN EL CONTRATO.

A) «Ratio particularis» y «ratio socialis» en los presupuestos del contrato.

El objeto del contrato, la prestación, se reduce a dar o a hacer⁷⁴; esto es, a transmitir unos bienes o unos derechos sobre esos bienes, o bien a prestar un trabajo, un servicio. Y siendo el fundamento del derecho sobre

71. II-II, 47,10, ad 2: «Ille qui quaerit bonum commune multitudinis ex consequenti etiam quaerit bonum suum, propter duo. Primo quidem, quia bonum proprium non potest esse sine bono communi vel familiae vel civitatis vel regni... Secundo quia cum homo sit pars domus et civitatis, oportet quod homo consideret quid sit sibi bonum ex hoc quod est prudens circa bonum multitudinis bona enim dispositio partis accipitur secundum habitudinem ad totum».—Vid. también *In XII Metaph.* 12, 2.633; *In II Eth.* 1,5.

72. *In IV Sent.* 19,1, ad 2: «Quia tamen bonum privatum debet ad bonum publicum ordinari sicut in finem». Y en II-II, 58,5c., explica: «Pars autem et quodlibet bonum partis est ordinabile in bonum totius. Secundum hoc igitur bonum cuiuslibet virtutis, sive ordinantis aliquem hominem ad seipsum [ratio individualis], sive ordinantis ipsum ad aliquas personas singulares [ratio dualis,], est referibile ad bonum commune, ad quod ordinat iustitia». Y añade *In I Eth.* 1,1,1: «Invenitur autem duplex ordo in rebus. Unus quidem partium alicuius totius seu alicuius multitudinis ad invicem, sicut partes domus ad invicem ordinantur. Alius est ordo rerum in finem. Et hic ordo est principalior quam primus».

73. II-II, 79,1c.: «Ad iustitiam vero generalem pertinet facere bonum debitum in ordine ad communitatem vel ad Deum, et vitare male oppositum».—Son de recordar a este respecto las palabras de CÍCERÓN, *De officiis*, 1,10, cit. por CANDIL, p. 24: «Es necesario referirse a todos aquellos fundamentos de la justicia que propuse al principio: lo primero, que no se haga daño a nadie, y lo segundo, que se mire por la común utilidad».

74. Resultan de aquí las cuatro combinaciones posibles, que califican a los contratos innominados: «do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias».

los bienes la propiedad o dominio de la cosa⁷⁵, resumimos en dos los presupuestos del derecho contractual: la propiedad y el trabajo.

a) «*Ratio particularis*» y «*socialis*» en la propiedad.

En los bienes productivos, la propiedad pertenece al individuo; pero el uso de esos bienes no debe favorecer sólo al dueño, sino también a todos los demás⁷⁶. Competen al propietario dos cosas: primero, la facultad de procurarse y de administrar los bienes (*potestas procurandi et dispensandi*), dado que es lícito poseer las cosas como propias, amén de necesario para la convivencia con los demás; y segundo, hacer uso de las cosas, no como propias, sino como comunes, de modo que fácilmente se comuniquen al que las necesite⁷⁷. Y es que los bienes productivos, aunque estén divididos entre los particulares, continúan sirviendo al beneficio de todos. La propiedad privada se dice de derecho natural secundario, porque funda su legitimidad, no en el nexo inmediato entre la persona y la cosa, sino en que es necesaria para un recto ordenamiento social y económico⁷⁸, toda vez que el bien de la parte contribuye al bien del todo. De modo que,

aunque el derecho de propiedad privada sea natural, también es natural —y de derecho natural primario— la común posesión de todas las cosas por todos. La propiedad privada se da para hacer más natural y expedita la *communis possessio omnium*. La propiedad privada no pierde nunca un cierto destino social, ya que sirve en beneficio de todos.

Existe, pues un doble aspecto de la propiedad, según que atienda al interés de los particulares, o mire al bien común, una doble *ratio*: la *ratio particularis (individualis)* y la *ratio socialis*.

b) «*Ratio particularis*» y «*socialis*», en el trabajo.

La otra premisa del contrato —junto a la propiedad— es el derecho al resultado del propio trabajo (servicio): el profesional, el obrero, el empleado cualquiera que preste sus servicios, tiene derecho a una contraprestación⁷⁹. Y como en el dominio, así en el trabajo, principalmente en el que por contrato se cede a los demás, es obvio que existe un aspecto personal o individual, pero también hay un aspecto social, es decir, la utilidad que el trabajo presta a los demás ciudadanos.

75. No todos los contratos —es evidente— transmiten el derecho de propiedad; hay contratos que transmiten otros derechos reales limitados, de goce (como el uso y el usufructo), de garantía (como la prenda y la hipoteca). Con todo, la propiedad es la fuente originaria, primaria de cualquier otro derecho sobre las cosas.

76. Los bienes productivos pertenecen al individuo «*quantum ad proprietatem: sed quantum ad usum non solum debent esse eius, sed etiam aliorum, qui ex eis sustentari possunt ex eo quod ei superfluit*» (II-II, 32,5, ad 2).

77. Cfr. II-II, 66,2c.

78. Cfr. II-II, 66,2, ad 2; II-II, 66,7c.

79. MESSINEO, p. 809.

B) «*Ratio individualis*», «*ratio dualis*» y «*ratio socialis*», en el contrato.

No es posible desligar la propiedad del contrato, que es el elemento de circulación del dominio⁸⁰. Y toda la concepción funcional de la propiedad sería estéril, si hubiera de limitarse a su momento estático, sin penetrar también en el tráfico contractual, teniendo con iguales caracteres al contrato mismo⁸¹; un carácter, una *ratio particularis*—que en el contrato se desdobra en *individualis* y *dualis*— y una *ratio socialis*.

El origen de los contratos presupone la división de bienes; si todos los bienes fuesen totalmente comunes, serían superfluos los contratos, ya que su efecto principal es transmitir el dominio. Y la división de bienes se rige, como hemos indicado, por la justicia distributiva, que tiene una *ratio individualis*. La institución jurídica del contrato constituye el vehículo de circulación de la riqueza privada (bienes); y también es un instrumento de cambio entre bienes y servicios⁸². La necesidad del cambio es una exigencia para el individuo; de aquí la *ratio individualis*, que, aunque tenga una motivación egoísta, debe adaptarse al bien común⁸³.

Pero el contrato no se limita a la utilidad de una de las partes; el cambio ha de ser proporcionado, y beneficiar también al otro contratante, según las normas de la justicia conmutativa. Por eso tiene el contrato asimismo una *ratio dualis*: de la contratación, en conjunto, se deriva un incremento de utilidad, de la que participan, en diferente manera, los contratantes, e indirectamente beneficia también a la colectividad⁸⁴.

Queda, por fin, la *ratio socialis*. De la función social como aspecto saliente del contrato eran ya conscientes algunos estudiosos de la segunda mitad del siglo pasado, incluso en un sistema de estricta economía liberal: habían advertido que, con el impulso de nuevas exigencias, el derecho civil, y en concreto el derecho de los contratos, debía transformarse. ¿Cómo? Dejándose influir por el espíritu de sociedad y atenuando su carácter individualista⁸⁵. Y concluían en la irresistible necesidad de que el derecho de los contratos sufriera una profunda renovación, teniendo en cuenta su sentido social⁸⁶. Autores más recientes a nosotros en el tiempo, acentúan todavía mejor este aspecto—esta *ratio socialis*, la llamamos nosotros—, en el contrato: además de ser

80. El derecho real es el elemento quieto, mientras que el derecho de crédito es el elemento móvil del mundo jurídico. Y las principales instituciones de uno y otro derecho son, respectivamente, la propiedad y el contrato. G. RABRUCH, *Filosofía del Derecho*, trad. de J. Medina Echavarría (Madrid 1933) p. 188.

81. OSSORIO, p. 1.185.

82. Cfr. MESSINEO, p. 802.

83. LACROIX, p. 246.

84. MESSINEO, p. 813.

85. Se encuentran, entre esos estudiosos, Cimbali, Vadalà-Papale, Salvioli, Gianturco y Polacco, cit. por MESSINEO, p. 795. Tales autores se fijaban de modo especial en el contrato de trabajo, que en aquel tiempo no estaba aún legislado.

86. Por todos, GIANTURCO, p. 268. La primera edición es de 1891. Nos interesa sólo el capítulo de «L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale».

un instrumento de la autonomía de las partes, debe aportar también a la utilidad general⁸⁷; o con otras palabras, el contrato tiene hoy a ser un instrumento de la vida social y económica⁸⁸. La *ratio socialis* se ha convertido hoy en una característica importante del derecho contractual, en cuanto tendencia de los actuales ordenamientos jurídicos; y que en el contrato sea únicamente un medio para el logro de finalidades individuales, no es un enfoque científico válido, en presencia de numerosos hechos a los que hoy asistimos. Esta materia es un punto indiscutible para la gran mayoría de los juristas contemporáneos: el contrato debe estar penetrado por los principios de la justicia social⁸⁹; de modo parecido a como el propietario va convirtiéndose en una persona que realiza un acto social, o mejor, una verdadera función social⁹⁰.

Pero todos estos autores, más que tratar,

lo que se hacen es «aludir» a esa función social, sin precisar sus justos contornos; se echa en falta la elaboración del sistema unitario y comprensivo de la dinámica del contrato. Es lo que nos proponemos construir.

C) *Realización de la «ratio debiti» contractual.*

Hemos centrado, hasta aquí, el derecho contractual en la justicia, que señala lo debido a cada parte en el contrato. Pero ¿cómo se realiza, cómo se pone por obra la norma marcada por la justicia?

La idea de justicia, quicio alrededor del cual gira todo el derecho, ordena la actividad humana al bien común. ¿De qué modo? Con la libre actuación de los particulares (*quasi ministrative*), y con la garantía por parte de la autoridad de que esa actividad humana realmente se ordene al bien co-

87. La preeminencia en el contrato de los intereses generales sobre intereses particulares es afirmada, entre otros, por G. B. FUNAIOLI, *La concezione individualistica del diritto e la validità dei negozi giuridici*, en *Rev. dir. comm.* (1930) 133-136; R. MADEIROS DE FONSECA, *La forza obbligatoria dei contratti e le sue modificazioni nei diritti positivi moderni*, en *Rev. dir. comm.* (1950) 437-440; A. OSTI, *Contratto*, en *Novissimo Digesto Italiano*, IV (Torino 1959) p. 491, n. 1; MESSINEO, p. 795.

88. «El contrato —afirma OSSORIO, p. 1.185— (prescindiendo de aquellos supuestos ya excepcionales en que se encierra un trato en torno a la mesa de un café, o se compra un cuadro viejo a un camarillero) tiende a ser hoy un instrumento de la vida social y económica, que el orden jurídico configura por sí; y no para que el individuo se sirva de él, si quiere o como quiere, sino cuando debe y como debe. De acuerdo, con la salvedad de que se entienda orden jurídico natural, no el orden positivo, que puede ser arbitrario».—Abundando en la misma idea, CANDIL, p. 104, apunta la necesidad de que el derecho contractual español se modifique en sentido aún más acusado de orden social.

89. Se refiere aquí MESSINEO, p. 795, sólo al derecho italiano, pero puede hacerse extensivo a todos los modernos ordenamientos jurídicos. Y habla de «una parziale penetrazione dei principi del socialismo (giustizia sociale)». Seguramente que, en su intención, no ha querido establecer la equiparación, que resultaría de una interpretación literal del texto, entre la justicia social y el socialismo marxista; sería injusto e históricamente erróneo: la doctrina sobre la justicia social (o justicia legal) tiene una tradición muchos siglos más vieja; y al no estar ligada, como el marxismo, a una visión parcial, materialista, tiene una gran amplitud, que la hace mucho más fecunda en aplicaciones prácticas.

90. OSSORIO, p. 1.185. Cita las palabras de Santo Tomás: «quien busca el bien de todos, busca el propio bien», y dice que son exactamente aplicables a la recta comprensión de la contratación.

mún (*quasi architectonice*)⁹¹. Este punto de partida nos parece clarificador de la distinción radical entre derecho privado y derecho público⁹², dos modos de realizar el ordenamiento jurídico, que es único, y que tiene siempre como objetivo el bien común⁹³. Más que distinción, lo que existe es una penetración entre el hombre privado y el hombre público: caminan juntos en provecho de la persona, se valorizan mutuamente⁹⁴.

El derecho contractual debe ser, así, renovado por el espíritu social⁹⁵: por lo social privado, respaldado por lo social público. En el contrato, más allá del liberalismo y del socialismo —en sentido tradicional—, ha de desenvolverse entre lo privado y lo público una colaboración prometedora, de gran porvenir⁹⁶.

Libre comercio de los bienes (libertad contractual) y función reguladora del poder público (subsidiariedad contractual) constituyen el modo de realización de la justicia contractual, suprema norma por la que la contratación se regula. Son, respectivamente, el segundo y el tercer principio que informan el derecho de los contratos; y merecen ser debidamente desarrollados. Ambos principios, consecuencias inmediatas que se desprenden de la justicia contractual, serán analizados con la conveniente amplitud, en los dos próximos capítulos: uno, dedicado a la libertad contractual, que pasamos a estudiar seguidamente; y otro capítulo en que trataremos de la subsidiariedad contractual.

91. II-II 58,6c.: «Et sic [iustitia legalis] est in principe principaliter et quasi architectonice, in subditis autem secundario et quasi ministrative».

92. La confusión es tan grande que la mayor parte de los juristas actuales, en la imposibilidad de caracterizar lo privado y lo público, reemplazan la distinción de fondo por otra completamente pragmática, de competencia: el derecho privado —dicen— es el conjunto de reglas aplicadas por los tribunales judiciales, en última instancia por el Tribunal de Casación; derecho público es el conjunto de normas que aplican los tribunales administrativos, el Consejo de Estado en última instancia. LACROIX, p. 242.

93. El ordenamiento, jurídico contenido en la ley natural y participado por la ley positiva, tiene como finalidad el bien común. «Lex proprie, primo et principaliter respicit ordinem ad bonum commune... Unde oportet, cum lex maxime dicatur secundum ordinem ad bonum commune, quod quodcumque alius praeceptum de particulari opere non habeat rationem legis, nisi secundum ordinem ad bonum commune. Et ideo omnis lex ad bonum commune ordinatur» (I-II, 90,2c.).

94. LACROIX, p. 262. La separación de público y privado (añade en p. 293 s.) es una característica del hombre liberal. El individualismo es el régimen de la disociación de lo público y de lo privado, donde lo privado goza de una situación de privilegio y se le considera como sacro. Pero hoy día se busca, mediante procedimientos serios, el bien de todos los ciudadanos; el individualismo abstracto e inorgánico procura sustituirse por un individualismo —mejor diríamos, por una libertad— que se conecta orgánicamente con la función social del poder público.—Vid. también CAPECELATRO, *La questione sociale e cattolicismo*, cit. por GIANTURCO, p. 266.

95. Hablaba así GIANTURCO, p. 268, a finales del siglo pasado. Y seguía diciendo que un irresistible movimiento demuestra que, si la libertad de los individuos no tolera el peso del Estado tutor; de otra parte, el Estado insensible e indiferente a las necesidades de los ciudadanos era ya entonces un verdadero anacronismo.

96. LACROIX, p. 247.

IV. LA LIBERTAD CONTRACTUAL.

Como terminamos de decir, el sujeto de la justicia legal está de un modo ejecutivo (*quasi ministrative*) en los súbditos. Las personas particulares están llamadas a realizar el bien común; cada persona puede, y debe, contribuir al bien común, multiplicando la producción en favor propio y en favor también de la comunidad en que vive. Y aquí entra en juego la libertad. La analizaremos primero de un modo sucinto y general, para aplicarla enseguida al contrato.

10. LIBRE ALBEDRÍO (VIS ELECTIVA) Y LIBERTAD.

La capacidad de elección es una característica propia de los seres intelectuales; en los demás seres esa posibilidad no existe, porque se rigen según las leyes de la necesi-

dad⁹⁷. Puede el hombre querer o no querer, querer esto o querer lo otro; puede incluso querer el bien o querer el mal; y en esa capacidad de elegir una cosa u otra (*vis electiva*) está el libre albedrío⁹⁸.

Hay quienes, con visión confusa identifican el libre albedrío con la libertad. Pero la *vis electiva* no es la libertad; es el presupuesto de la libertad, la *condicio sine qua non* para que una persona pueda, no por necesidad externa, sino por propia decisión, autodirigirse a su fin, que es el bien. Poder elegir el mal presupone desde luego el libre albedrío; pero no es libertad, sino defecto de libertad⁹⁹. El libre albedrío es potencia que tiende a actualizarse, a perfeccionarse, mediante el ejercicio de la libertad, que es autodirección al bien¹⁰⁰. La elección, aun cuando sea recta y recaiga sobre los medios aptos para la obtención del fin, no es tampoco de la esencia de la libertad; es un acto

97. *In II Sent.* 25,1,1: «Sic ergo patet quod haec est differentia in agentibus: quia quaedam determinant sibi finem; quaedam vero non; nec aliquod agens finem sibi praestituere potest, nisi rationem finis cognoscat, et ordinem eius quod est ad finem ipsum; quod solum in habentibus intellectus est: et inde est quod iudicium de actione propria est solum in habentibus intellectus, quasi in potestate eorum constitutus sit aligere hanc actionem vel illam, unde est dominium sui actus habere dicuntur: et propter hoc in solis intellectus habentibus liberum arbitrium invenientur; non autem in illis quorum actiones non determinantur ab ipsis agentibus, sed a quibusdam aliis causis prioribus».—Vid. también *De Verit.* 22,1c.

98. *I*, 83,3c.: «Proprium liberum arbitrium est electio: ex hoc enim liberi arbitrii esse dicimur; quo possumus uno recipere, alio recusato, quod est eligere. Et ideo naturam liberi arbitrii ex electione considerare oportet».—En el mismo sentido, *I*, 83,4c.: «Liberum arbitrium, quod nihil aliud est quam vis electiva».

99. *De Verit.* 22,6c.: «Velle malum nec est libertas, nec est pars libertatis, quamvis sit quoddam libertatis signum». Y más claramente en *I*, 62,8, ad 3: «Quod liberum arbitrium diversa eligere sevato ordine finis hoc pertinet ad perfectionem libertatis eius; sed quod eligat aliquid divertendo ab ordine finis quod est peccare, hoc pertinet ad defectum libertatis». Es que, en definitiva, quien se autoordena al mal, no es libre, sino esclavo del mal.

100. En lenguaje agustiniano la «libertas minor», esto es el libre albedrío, tiende, aspira a la «libertas maior», su término y consumación. La «libertas maior» debe concebirse como la plena autposesión del ser en la libertad del bien, en la libertad de la verdad. P. VALORI, *L'aporia verità-libertà e la sua solu-*

en que la libertad se manifiesta. La libertad, primaria y fundamentalmente, se da en el movimiento hacia el fin; podrá decirse entonces que el movimiento al fin no es distinto del movimiento a los medios, pero la raíz última de la libertad está en la posibilidad de autodeterminarse al fin, al bien.

Como ya se ha explicado, el bien particular debe, a su vez, ordenarse y subordinarse al bien común. La libertad se nos presenta, pues, en toda su plenitud, como la espontánea actividad humana orientada a la realización del bien común, ya de un modo directo, ya de un modo indirecto, en cuanto que el bien de la parte contribuye al bien de toda la sociedad.

11. LA LIBERTAD EN EL CONTRATO.

La libertad contractual —segunda norma por la que, a mi entender, ha de regirse la contratación— es el principal equivalente jurídico del principio de la iniciativa econó-

mica privada¹⁰¹. Y si es menester reafirmar la iniciativa privada, de individuos y de grupos, en el ámbito del bien común, es necesario reafirmar también el valor de la libertad humana, y en concreto el valor de la capacidad y de la acción contractual que, antes que todo derecho positivo, la misma ley natural ha configurado.

Apliquemos, ante todo, al contrato el concepto de libertad: autoordenación al bien. Pero el bien que a cada uno corresponde lo señala la justicia, que es el primer principio que regula la contratación; la libertad contractual ha de estar de acuerdo con la justicia contractual¹⁰², dado que en todo contrato entra siempre un elemento de justicia natural que es anterior y superior a la voluntad de los contratantes¹⁰³. Lo que la justicia indica (la *ratio debiti*), la libertad lo realiza, a través del contrato: por eso, paralela a la *ratio individualis*, está la libertad individual; y a la *ratio dualis* corresponde una libertad recíproca (dual) entre las partes; y la *ratio socialis* necesita una libertad social¹⁰⁴. La libertad contractual podemos,

zione metafisico-etica, en *Thomistica Morum Principia: Communicationes V Congressus Thomistici Internationalis* (Romae 1960) p. 469. En otras palabras, la «libertad de elección» existe a fin de que el hombre logre la perfección en la «libertad de autonomía». Cfr. J. MARITAIN, *De Bergson à Saint Thomas d'Aquin* (Paris 1947) p. 118 s.

101. MESSINEO, p. 10.

102. MORIN, p. 10.

103. Como observa PUIG BRUTAU, p. 34 s., la norma más importante del contrato no puede ser la pura voluntad; hay que tener principalmente en cuenta otros factores, otras normas que extienden, restringen o incluso niegan la eficacia del contrato como debido a un acto de la voluntad. Y esas normas —concluimos— no son otras que las normas de la justicia.

104. Junto a otros autores, MESSINEO, p. 803, habla de una «autonomía privada», o sea, de la plena independencia que un sujeto tiene para moverse dentro de los límites fijados por el orden jurídico; y como el sujeto puede ser individual o colectivo, de aquí la bipartición de la autonomía privada en individual y colectiva.—El término «autonomía privada» no nos parece adecuado con referencia a la libertad de iniciativa y a la libertad contractual. «Autonomía», etimológicamente y aplicado a la persona, quiere decir la capacidad que ella tiene de regirse por normas que se da a sí misma, lo que equivale a la «condición del individuo, que de nadie depende bajo ciertos aspectos» (*Diccionario de la Lengua Española*). Mientras la

así, entenderla como la libre actividad humana dirigida a procurar, por medio del contrato, el bien individual, el bien mutuo de las dos partes contratantes, y el bien de la sociedad entera.

A) *Libertad social.*

Libertad social contractual viene a ser la capacidad natural que tiene el hombre de unirse con otros, mediante el contrato, con objeto de formar grupos sociales y de intervenir en su desarrollo (dimensión interna). Por el volumen de bienes y servicios que producen los grandes grupos, afecta a masas de personas, y contribuye por tanto de un modo directo al bien común (dimensión externa). Es la libertad necesaria para que la *ratio socialis* del contrato se realice.

a) *Dimensión interna de la libertad social.*

a') Formación de grupos sociales.

Para salvaguardar la autonomía de la persona y de la familia, están llamados a jugar un importante papel los «grupos intermedios» —interpuestos entre el individuo y el poder público¹⁰⁵—, que son formas de asociación espontánea orientadas a conseguir bienes demasiado complejos, que por sí solos la persona o la familia no podrían lo-

grar. Por eso, es un grave error confundir «lo social» con «lo público». Lo social está entre lo individual y lo público; y hay un social privado y un social público, que es preciso distinguir¹⁰⁶. La libertad social es el reconocimiento práctico de que la persona puede y debe ordenar su actividad directamente al bien común, gozando de una autonomía efectiva respecto a los poderes públicos. La tendencia a la asociación es un fenómeno principalmente privado, y el contrato es precisamente el instrumento técnico que configura jurídicamente esas asociaciones.

b') Intervención en el desarrollo del grupo.

La libertad social, la personal y directa contribución al bien común no estriba sólo en la posibilidad de unirse a otros para la formación de un grupo social; consiste también en poder intervenir en el desenvolvimiento de los grupos ya constituidos. Se trata de integrar a la persona en la empresa: todas sus iniciativas, sus experiencias, y todo cuanto pueda suponer una efectiva contribución a la mejora del grupo. Y hasta en el mismo corazón del capitalismo, en las sociedades anónimas, resulta particularmente necesario para mejorar el rendimiento de la sociedad buscar la colaboración de la persona, y hacer participar al personal en la productividad y en la dirección de la empresa¹⁰⁷.

«libertad», ordenación al bien, reclama la norma de la justicia, la «autonomía» parece excluir la dependencia de toda norma externa al individuo.

105. La multiplicación de los grupos sociales se presenta como reacción a la especulación individualista del siglo XVIII que culmina en la Revolución. G. SOLARI, *Filosofía del Diritto, I: Individualismo e diritto privato*² (Torino 1959) p. 342 s.

106. LACROIX, p. 260; también p. 244.

107. SAVATIER, *Le droit au service de la personne* cit., p. 316.

c') Relación entre los grupos sociales (competencia leal).

Entre tales asociaciones y grupos, de trascendencia directa en el bien común, en lugar del principio de la libre competencia, ha de dominar el de la competencia leal¹⁰⁸, que es un modo de libertad social. «Leal» viene de «legal»: es lo que se rige por la justicia legal (social). Todas estas asociaciones, sin perjuicio del bien que procuran a sus propios miembros, convergen en el fin: el bien común. Y ahí, en buscar el modo mejor de servicio a la colectividad, debe desarrollarse la competencia: no con el antagonismo, sino con la cooperación.

b) *Dimensión externa de la libertad social.*

Como manifestaciones externas de la libertad social contractual, encontramos el contrato de adhesión y el contrato colectivo.

a') El contrato de adhesión.

Paralela al desarrollo de la gran industria, la contratación tipificada y en masa es uno de los rasgos de nuestro tiempo. El ritmo veloz de producción de la gran empresa requiere también rapidez en el perfeccionamiento de los contratos: se impone la uniformidad en las relaciones jurídicas de la empresa con millares y millares de abonados y consumidores; no cabe pensar que cada viajero, que cada remitente de mercancías, que cada abonado telefónico, emprendiera en la taquilla una lenta negociación

que desembocara en la fijación de precios y condiciones diversas para cada contrato. Hemos llegado así a un nuevo tipo de contratación: una contratación de mostrador o ventanilla, de formulario impreso, en la que no se discute, porque el contrato ya está redactado y no hay más que firmarlo; la empresa fija las «condiciones generales del contrato» (terminología germánica), de modo que a la otra parte sólo le queda la alternativa de «adherirse» (terminología latina) o renunciar a contratar¹⁰⁹. Es indudable la ventaja de celeridad que los contratos de adhesión suponen para la empresa y para la economía en general¹¹⁰; se trata de una forma expeditiva de perfeccionar los contratos, que al ahorrar discusiones y tiempo, favorece la mayor productividad. Y será siempre necesario que las cláusulas preestablecidas por la empresa sean justas: que sepan conciliar el propio sostenimiento y mejora, la coordinación con las demás empresas y el servicio —lo mejor posible— a la comunidad; que la propia libertad, en suma, engrane con la libertad de los demás.

b') El contrato colectivo.

No es ya el pacto de individuo con individuo, ni el contrato que una empresa celebra con una persona; en los contratos o convenios colectivos quienes contratan son dos grupos de intereses económicos. Convenios colectivos son, por ejemplo, los que tienen lugar entre la asociación de autores y la asociación de editores, entre el sindicato de patrones y el sindicato de obreros o em-

108. Esta es, siguiendo el pensamiento de Commons, la primera base que para un nuevo derecho contractual propone PUIG BRUTAU, p. 43 s.

109. M. ROYO MARTÍNEZ, *Contratos de adhesión*, en *Anuario de Derecho civil* (1949) 70, 56, 54-55, 58.

110. CASTÁN, p. 332-334.

pleados. Su finalidad consiste en determinar las reglas generales por las que deberán regirse en lo sucesivo los contratos individuales, entre las personas componentes de los respectivos grupos económicos. No pueden considerarse los convenios colectivos como una ley o un reglamento; son verdaderos acuerdos privados: lo mismo que los individuos que celebran un contrato ordinario de arrendamiento o de compraventa, los representantes de ambas organizaciones, llamados a formar la comisión mixta y a elaborar la convención, persiguen cada uno los intereses particulares de su grupo; en realidad, el contrato colectivo, igual que el individual, descansa sobre la diferencia de intereses, toda vez que una y otra parte quieren cosas diversas¹¹¹.

Precisamente porque tiende a buscar el equilibrio de intereses entre sectores cada vez más amplios de la vida económica, la convención colectiva supone una seria garantía, tanto de justicia conmutativa entre ambas organizaciones, como de justicia legal, pues, al afectar a grandes masas sociales, contribuye directamente al bien común.

B) *Libertad individual.*

La libertad individual contractual puede entenderse, en términos generales, como la capacidad natural de procurarse lo conve-

niente al sostenimiento propio y de la familia. Pero no consiste en la omnímoda posibilidad de contratar con quien quiero y como quiero: la libertad individual no es absoluta; está fuertemente afectada por lo social. Es un dato histórico el hecho de que, a medida que se ha desarrollado la economía, se ha visto limitada la libertad contractual de los individuos por el señorío de las asociaciones¹¹². Cuanto más difundida está la socialización, cuanto mayor es el número de contratos de adhesión y de contratos colectivos, más atenuada queda la libertad individual. El bien común prevalece sobre el bien individual; la libertad social, sobre la libertad individual.

C) *Libertad recíproca (dual) de los contratantes.*

El derecho a proveer a las propias necesidades por medio del contrato no puede ser exclusivo de una sola de las partes; es un derecho de las dos personas que en el contrato intervienen. El contrato ha de beneficiar a los dos contratantes¹¹³, sean individuo e individuo, empresa y empresa, o empresa e individuo. Porque no es de la esencia del contrato —de su *ratio dualis*— que los intereses de las partes sean opuestos, sino distintos¹¹⁴, de manera que cada uno consiga lo que necesita¹¹⁵.

111. MORIN, p. 40, 53-55. Contrarios al común pensar de que los convenios colectivos son verdaderos contratos, hay autores, como Scelle y Delbez, que piensan que, mientras en el contrato las partes persiguen fines diferentes, en la convención colectiva persiguen un fin común, que es la elaboración de un reglamento.

112. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho* cit., p. 193.

113. En todo contrato hay comunidad de intereses, y en este sentido puede decirse que en todo contrato late el contrato de sociedad porque sirve a las dos partes.

114. LUÑO PEÑA, *Derecho Natural* cit., p. 445.

115. Cfr. MESSINEO, p. 813.

a) *Equivalencia inicial de las prestaciones.*

¿Y de acuerdo con qué norma se han de conciliar esos intereses? Con la norma de la justicia: ha de lograrse una cierta proporción, un equilibrio entre las prestaciones, cuando se trata de contratos a título oneroso¹¹⁶. Pero la reciprocidad contractual no ha de ser simplemente entendida en sentido formalista, sino que una y otra prestación han de ser comparadas para determinar si entre ellas existe cierta equivalencia de hecho¹¹⁷, que no tiene por qué suponer una perfecta y rigurosa equivalencia económica entre las dos prestaciones¹¹⁸. Más que por el valor intrínseco de las dos prestaciones, la equivalencia ha de determinarse por el valor que tienen en la común estimación¹¹⁹. De aquí que sean las necesidades de la vida social, el mercado mismo quien produce la equivalencia¹²⁰. En lugar de considerarse admisible un precio «natural» o «normal», es

decir producido por la pugna de las fuerzas naturales, el precio de los bienes, en especial de los de consumo, ha de ser razonable, de modo que se puedan satisfacer de manera justa y equilibrada las necesidades de una y otra partes contratantes, valoradas desde el punto de vista social¹²¹. Esta es en definitiva la función del precio: que tanto la cantidad de bienes adquiridos por los consumidores, como la altura del rédito percibido por los productores, permitan a unos y a otros satisfacer convenientemente las comunes necesidades de la existencia y las legítimas aspiraciones de conservar y mejorar el tenor de vida.

El bien de ambas partes contratantes, obtenido gracias a la equivalencia de las prestaciones, contribuye de modo indirecto al bien de la comunidad. Para evitar el daño a la otra parte, y la perturbación social que el incumplimiento de una prestación ocasionaría, todo contratante está obligado a cumplir lo convenido. La buena fe exige que

116. En caso de que el contrato sea a título gratuito, no hay materia para hablar de paridad o disparidad económica. Entre las finalidades posibles del contrato, no se excluye ni la cesión de bienes a título gratuito, ni la prestación de un servicio por pura liberalidad, sin exigir contraprestación. MESSINEO, p. 805, 809. Es más, en el derecho inglés, por ejemplo, no es necesaria la adecuación del cambio («adequacy of consideration»); basta que sea mínima, o que tenga un mero valor simbólico para que sea suficiente. G. GORLA, *Consideration*, en *Enciclopedia del diritto*, IX (Milano 1961) p. 178.

117. Es una de las bases para un nuevo derecho contractual que PUIG BRUTAU, p. 44, propone siguiendo a Commons. GIANTURCO, p. 262, advertía, lamentándose, que el principio fundamental que preside, en los códigos liberales, todo el derecho contractual, es la igualdad de derecho, con la consiguiente despreocupación por la igualdad de hecho entre las partes.

118. No debe atribuirse a la equivalencia un riguroso significado de perfecta correspondencia económica entre las dos partes (equivalencia objetiva); basta con que esa equivalencia actúe en la apreciación subjetiva de las partes (equivalencia subjetiva).—Vid. L. ARECHEDERRA, *La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual*, Tesis Doctoral (Pamplona 1971); J. J. LÓPEZ JACOISTE, *Sobre la aportación de la equivalencia contractual*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor F. de Castro*, II (Madrid 1976) p. 831 ss.

119. Expresamente se ha dicho del precio en la compraventa: «Pretium rerum venalium non consideratur secundum gradum naturae..., sed secundum quod res in usum hominis veniunt» (II-II, 77, 2, ad 3).

120. LACROIX, p. 241.

121. Es otra base para el nuevo derecho contractual propuesta por PUIG BRUTAU, p. 44.

quien celebre un contrato tenga que contar con la posibilidad de que las circunstancias sufran variación después de quedar perfeccionado. El deudor ha de realizar la prestación a que se ha obligado, aunque sus relaciones patrimoniales empeoren sin su culpa, o no le resulte fácil cumplir lo estipulado; ha de contar con las dificultades e inconvenientes que puedan surgir, y ha de dar cumplimiento al contrato, aun cuando tenga que sacrificarse. El derecho contractual, en términos generales, debe mantener inmovible el principio de la fidelidad al contrato en la medida que lo exijan el bien de las partes contratantes y el bien de la sociedad ¹²².

Volvemos al bien particular y al bien común, a la parte y al todo. La necesidad de que el contrato se cumpla (*pacta sunt servanda*) es una garantía de la seguridad y paz social; pero la paz se perturbaría si, en lugar de beneficiarse, una de las partes contratantes resultara fuertemente dañada. Puede esto darse en dos casos extremos: cuando la situación subjetiva de una de las partes empeora hasta el extremo de no poder cumplir lo convenido ¹²³, y cuando a causa de excepcionales circunstancias de carácter objetivo se transforma la vida económica. En

tales casos, el cumplimiento del contrato, significaría perjuicio para uno de los contratantes, e indirectamente perjuicio para toda la sociedad: el mal de la parte repercutiría en el mal del todo.

b) *Restauración del equilibrio entre las prestaciones.*

De modo que el principio de la fidelidad contractual no debe defenderse en términos completamente absolutos; no debe ser exagerado ¹²⁴. A consecuencia de la guerra o de otro acontecimiento de igual magnitud, la inflación o deflación, la escasez de primeras materias sobrevenida de improviso y en forma desacostumbrada, la crisis en el abastecimiento, etc., son una serie de acontecimientos que pueden destruir la base del negocio y desequilibrar por completo la relación económica entre prestación y contraprestación ¹²⁵.

En casos excepcionales de este género, el contrato dejaría de ser un medio justo de intercambio. Resultaría una excesiva opresión para el deudor o un excesivo beneficio para el acreedor; sería conferir a una de las partes un beneficio imprevisto, a base precisamente del cumplimiento del contrato en

122. PUIG BRUTAU, p. 369 s. Por exigencia de «solidaridad social que liga a las partes», hemos entendido la exigencia de justicia que ha de satisfacer el contrato en beneficio de ambos contratantes y de toda la sociedad.

123. MORIN, p. 36, n. 1, cita este pensamiento del *Sermon sur la justice* de Bossuet: «La justice veut qu'on ait égard non seulement à l'obligation, mais à l'état de celui qui doit».

124. Mantener a toda costa el pago nominal de lo convenido (sistema nominalista), puede dar lugar a injusticias en aquellos momentos en que las fructuaciones del valor de la moneda sean muy grandes; debe entonces pagarse de acuerdo con el valor efectivo (sistema realista). Cfr. CASTÁN, p. 270 s.

125. La necesidad de buscar una mejor adecuación entre las dos prestaciones se ha explicado, además de por el principio de la equivalencia, por otros principios jurídico-morales: caso fortuito y fuerza mayor, error que vicia el consentimiento, lesión en materia contractual («laesio enormis seu ultra dimidium»), riesgo imprevisible, abuso del derecho, enriquecimiento injusto, buena fe, equidad. Cfr. CANDIL, p. 60-109.

los términos convenidos; un beneficio injusto, que supondría un perjuicio equivalente para la otra parte. Bajo la apariencia de un contrato conmutativo, se producirían los efectos de un contrato aleatorio. Ha de entenderse entonces que las partes sólo quisieron obligarse mientras no sufrieran una alteración extraordinaria las circunstancias que imperaban en el momento de perfeccionarse el contrato: tal es el sentido de la cláusula *rebus sic stantibus*¹²⁶, reaparecida en los últimos cincuenta años¹²⁷ y que ya había sido introducida en el derecho contractual por obra de los glosadores y canonistas¹²⁸. Una vez más, el valor de la declaración de voluntad ha de ser modificado, en lo que sea necesario, por exigencias del más elemental sentido de justicia¹²⁹, que nos indica aquí lo que una parte debe a la otra, atendiendo a la presente realidad (*res*) económico-social, a la nueva situación económica objetivamente considerada.

Para que el contrato sea en esos casos objetivamente justo, es menester tener presente la diferencia que se ha producido entre las circunstancias sociales y económicas propias de la época de celebración y la del momento de cumplir el contrato¹³⁰. No en todos los contratos tiene, pues, sentido la

aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*: no cabe admitir variación de circunstancias en un contrato de tracto único, en los que el momento de la perfección coincide con el de la consumación; la cláusula puede sólo aplicarse a los contratos *qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro*¹³¹.

Por exigencia de la mutua libertad de las partes (ambas deben beneficiarse del contrato), debe presuponerse que en todo pacto está implícita la cláusula *rebus sic stantibus*; y cuando por circunstancias extraordinarias, ajenas a la voluntad de los contratantes, se rompe toda posibilidad de equilibrio entre las prestaciones, el contrato debe ser revisado, con objeto de restaurar la primitiva equivalencia. El contrato puede modificarse con la sola intervención de las partes; incluso puede ser revocado de común acuerdo —mutuo disenso—, siempre que no perjudique a terceros; puede también, ser sometido a la decisión de una tercera persona —árbitro— que los contratantes elijan. Cabe, por fin, que las partes previendo una eventual alteración de las circunstancias, adopten medidas cautelares e introduzcan en el contrato cláusulas de estabilización: consisten en determinar el jus-

126. PUIG BRUTAU, p. 380, 382, 361 s.

127. A causa del trastorno económico que supuso la guerra de 1914-1918, se empezó a configurar la teoría sobre la cláusula «*rebus sic stantibus*», sobre todo en los países afectados por el conflicto: Alemania, Francia e Italia. CANDIL, p. 121.

128. Sobre la aceptación del principio de la cláusula «*rebus sic stantibus*», por los glosadores y canonistas, vid. G. OSTI, *La così detta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico*, en *Riv. dir. priv.* (1912) 15-18.

129. CANDIL, p. 47.—G. GONELLA, *La crisi del contrattualismo*, «*Pubblic. dell'Ist. di Fil. del Dir. dell'Univ. di Roma*» (Milano 1959) p. 131-151, cita entre las teorías que pretenden explicar el fundamento de la cláusula, las siguientes: interés individual, interés social, conservación, solidaridad, idea del fin, lesión.

130. PUIG BRUTAU, p. 381.

131. CANDIL, p. 42.

to medio del contrato, no de acuerdo con el importe de una moneda poco segura, sino según el valor de algo más estable (oro, plata, moneda extranjera firme, etc.); de manera que, llegado el día de cumplir la obligación, el deudor se obliga a pagar, en moneda que entonces esté en curso, una cantidad que se determina por el valor que —en relación con la suma de oro, plata, etc., fijada en el contrato— alcance en ese momento la propia moneda.

12. LIBERTAD CONTRACTUAL Y BIEN COMÚN.

La libertad social, dirigida a la intervención de la persona en los grupos sociales, contribuye de un modo directo a la realización del bien común, habida cuenta el considerable volumen de bienes o de servicios que el grupo desarrolla. Cuando el individuo, ajeno al grupo social, contrata (libertad individual) para procurarse determinado bien o determinado servicio, se limita, en la mayoría de los casos, a aceptar un contenido contractual ya preestablecido. De este modo en el contrato, el bien individual participa del bien común; y, por otra parte, la libertad individual se ordena al bien común, producto de la libertad social.

Existe, desde luego, la posibilidad de abuso por parte del grupo, o en general por parte del contratante más poderoso. Para remediar tal peligro está la libertad recíproca de las partes contratantes: entre ambas prestaciones debe haber una cierta equivalencia (*ratio dualis*) valorada desde el punto de vista social y objetivo; y si esa cierta proporción no se da, en perjuicio de una de las

partes, nadie puede negarle la facultad de acudir a los medios oportunos para procurarse (en virtud de la libertad recíproca) el bien de que se encuentra parcial o totalmente privado. De aquí se seguirá también una ordenación al bien común, pues el bien de las partes contribuye al bien del todo.

En diverso grado, la libertad social, la libertad recíproca y la libertad individual, se ordenan al bien común. Concebimos, así, a la libertad contractual como realizadora del bien común a través del contrato.

V. LA SUBSIDIARIEDAD CONTRACTUAL.

La justicia contractual, núcleo y fundamento de la contratación, nos indica lo que a través del contrato se debe al individuo, a los dos contratantes y a toda la sociedad. A la justicia sigue, como segundo principio, la libertad contractual: gracias al ejercicio de la libertad, los grupos sociales, el individuo y las dos partes que intervienen en el contrato, ordenan su actividad al bien común. Y para terminar de situar el contrato en el ámbito del bien común, resta todavía un tercer principio: la subsidiariedad contractual.

La justicia legal —que ordena toda actividad humana al bien común, ya de un modo directo, ya indirectamente— está de una manera ejecutiva en las personas privadas, y de una manera constructiva (*quasi architectonice*) en los gobernantes. La presencia activa del poder público en la vida jurídica y económica es una necesidad¹³²; hay en la

132. Hacemos extensivo el orden jurídico lo que se dice del sistema económico: que exige la presencia activa del poder público: a) porque al poder público corresponde perseguir y actualizar el interés econó-

sociedad algo que es de suyo y directamente público, un principio eminente de publicidad, que es exigencia radical del orden y que se encuentra virtualmente en la autoridad¹³³. No puede prescindirse del derecho del hombre a la seguridad jurídica, y con ello a una esfera concreta del derecho, protegida contra todo ataque arbitrario. El poder público debe reconocer y respetar la libertad personal¹³⁴; y si la libertad no existe, debe contribuir a crear las condiciones necesarias para que pueda desarrollarse con amplitud y en las formas requeridas por el progreso económico y social. De este modo, la presencia del poder público, lejos de ser incompatible con la libertad de iniciativa, puede servir a su mayor difusión e intensidad¹³⁵.

En el contrato, la libertad personal no es suficiente para lograr la perfecta ordenación al bien común de toda la comunidad; garante del bien común, al poder civil compete la función de coordinar, de estimular, de favorecer, de suplir —si en algún caso es preciso— la actividad contractual, en beneficio de todos. Y aquí entra en juego, para el contrato, el principio de la subsidiariedad: tras un análisis breve de la doctrina general de la subsidiariedad, pasaremos a aplicarla al contrato.

13. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.

Es evidente que la mudanza de las condiciones sociales hace que muchas cosas que antes hacían aun las asociaciones pequeñas, hoy no las puedan ejecutar sino las grandes colectividades. A la exuberante vida social que en otros tiempos se desarrolló en las corporaciones o gremios de todas clases, siguió la exaltación del individuo; y después de la crisis del individualismo, vuelven a multiplicarse las formas de asociación, en proporciones mayores que nunca.

Sin embargo, en el fluir de las transformaciones sociales, permanece fijo en la filosofía social aquel importantísimo principio —vigorosamente formulado por la doctrina católica— que no puede ser alterado: porque, así como no es lícito quitar a los particulares lo que con su propia iniciativa y propia industria pueden realizar para encomendarlo a una comunidad, también sería injusto, y una grave perturbación para el recto orden social, confiar a una sociedad más elevada lo que pueden hacer y procurar sociedades menores e inferiores. Toda acción de la autoridad pública debe, por naturaleza, prestar auxilio a los miembros del cuerpo social, pero nunca absorber-

mico colectivo; b) porque, aun cuando el desenvolvimiento de la actividad humana se rija por la ley moral, para asegurar la eficacia es preciso integrar esas normas morales en un complejo de disposiciones positivas; y c) porque las relaciones humanas en orden a los bienes económicos son fluidas y mudables, y es necesario que esa ley moral indeterminada sea autoritariamente precisada y definida. PAVAN, *Riforme economiche e principi morali* cit., p. 304 s.

133. LACROIX, p. 260.

134. Así lo afirma PAVAN, o. c., p. 302, de la iniciativa privada, cuyo paralelo jurídico es —como sabemos— la libertad contractual. Y añade que la actividad económica es una actividad consciente y libre, y que exige que el sistema en que el sujeto se mueve esté de tal modo estructurado que les permita actuar en actitud de responsabilidad. Apreciación también válida para lo jurídico.

135. LOMBARDINI, *Attività economica privata e ordine morale* cit., p. 75, 77.

los ni destruirlos; y el auxilio consiste en dirigir, vigilar, estimular, reprimir según los casos, coordinar y, sólo excepcionalmente, suplir.

Siempre se ha reconocido la capacidad que tiene la autoridad civil de realizar todos los actos necesarios para la integración de las instituciones postuladas por el verdadero bien común. Es legítima la intromisión del poder en la vida económica, cuando está justificada por razón de integración y de bien común; pero la determinación del *quantum* de esa intervención está dejada a las circunstancias históricas mudables. La medida de la intervención pública, que ha de estar orientada a buscar el verdadero bien del individuo y de la comunidad, no puede establecerse a priori; dependerá de las particularidades que en determinado momento presente esa sociedad política.

14. LA SUBSIDIARIEDAD EN EL CONTRATO.

El principio de subsidiariedad, que ha de informar el campo de la economía, es de indudable aplicación al contrato, instrumento más importante del tráfico económico. No puede discutirse la necesidad de la presencia del poder público en el derecho contractual: dejarlo exclusivamente en las manos

de los particulares, se prestaría a abusos de todo género. La intervención, respetuosa siempre de la libertad contractual, es necesaria; el grado de intervención depende ya de las particulares circunstancias históricas.

A) *La subsidiariedad contractual en los últimos tiempos.*

Como reacción a la decadencia del liberalismo —económico, político, jurídico—, se han venido acentuando los principios autoritarios y la ingerencia del poder público en la economía privada y en el orden jurídico en general; y aludiendo a la tendencia intervencionista y dirigista del Estado¹³⁶ se habla del contrato «regulado», «dirigido», «forzado»¹³⁷; y se hace notar que la autonomía de la voluntad de los contratantes va cada día disminuyendo ante una reglamentación estatal creciente, a la que uno no puede sustraerse¹³⁸. En algunos países, buena parte de la economía nacional, que se llama el sector público, se encuentra en una amplia medida sustraída al régimen de acuerdo privado, y funciona en virtud del poder de imposición de la autoridad estatal¹³⁹. Y hay autores que concluyen que la masa de derecho imperativo ha llegado a rebasar el límite de una proporción sensata¹⁴⁰.

Debido al continuo y creciente interven-

136. «Estado» lo empleamos en su sentido histórico preciso: como forma histórica de poder absorbente y autoritario, o sea, en el sentido de Estado moderno, tal como fue concebido por Maquiavelo y por Hobbes. Fuera de los casos en que, de modo intencionado, nos referimos a esa deformación del concepto de poder público, el término «Estado» está evitado cuidadosamente.

137. MESSINEO, p. 796.

138. MORIN, p. 1. Queda la duda —añade MESSINEO, p. 802— de si la libertad contractual ha de constituir, en un próximo futuro, el principio o bien la excepción.

139. LACROIX, p. 243.

140. J. DUALDE GÓMEZ, *Los imperativos contractuales*, en *Anuario de Derecho Civil* (1949) 536.

cionismo en el derecho de los contratos, se llegó a afirmar que «la evolución jurídica camina decididamente hacia una inflación cada vez mayor de elementos éticos y sociales de tono imperativo, que de modo generalmente absoluto disciplinan las relaciones de derecho privado, imprimiéndoles carácter público a expensas del principio de la autonomía de la voluntad, que de esta suerte va perdiendo volumen en su clásica y amplia esfera de acción»¹⁴¹. La actual penetración del derecho público en el campo del derecho privado es uno de los efectos de la ampliación de funciones del Estado moderno¹⁴².

Es un hecho —¿quién lo duda?— la invasión del derecho público en los contratos. Y es la consecuencia natural del fracaso del derecho individualista: han quedado casi solos frente a frente los particulares y el Estado; se ha producido una deformación del orden social, que ha afectado al derecho contractual, y que se debe a la falta de grupos sociales intermedios. En virtud de la libertad social, son estos grupos los principalmente llamados a configurar la futura fisonomía del derecho de los contratos, que ha de quedar de este modo instalado definitivamente en el campo del derecho privado. La función del poder público en los contratos no es la de quitar la libertad, sino la de favorecerla y estimularla; no es la de imponer la justicia, sino la de impedir la injusticia; no es la de realizar un orden perfecto, sino la de evitar el desorden.

B) *Modalidades de la subsidiariedad contractual.*

a) *Función integradora de los grupos sociales.*

En el desarrollo de las formas organizativas de la sociedad contemporánea, el orden exige colaboración entre individuos y grupos, y una coordinación y dirección por parte del poder público. Como veíamos, la libertad social no puede abandonarse a la libre concurrencia; necesita estar regida por la justicia social, que coordina entre sí la actividad de los grupos en orden al bien común. Tampoco es válida, como reacción violenta, la dictadura económica. Para que esa coordinación sea eficaz, es menester la presencia de la autoridad, en su condición de garante del bien común¹⁴³. Desde este eminente punto de vista, la función de la autoridad pública se nos presenta como *integradora* de los grupos sociales en el cuadro de necesidades reclamadas por el bien de la colectividad. La integración exige por parte del poder coordinación de los grupos en dirección al bien común, y el estímulo de la libertad social, y un cierto grado de intervención pública en algunas materias.

Función de la autoridad es estimular la formación de los grupos sociales: quitar trabas, moderar los impuestos, suprimirlos, si fuera necesario, etc. Piénsese, por ejemplo, que la solución del problema de la vivienda no está en promulgar una ley especial, favo-

141. Sentencia del Tribunal Supremo español, de 2-IV-1946.

142. MESSINEO, p. 806.

143. La actuación de los poderes públicos ha de estar impulsada por las exigencias del bien común, que es el principio directivo de la autoridad.

able al inquilino: esto puede justificarse sólo como medida transitoria; la solución radical de la vivienda está en estimular la formación de empresas constructoras.

El poder público debe fomentar la formación del grupo, y también asegurar la intervención activa de los miembros en su desarrollo. En Alemania —pongamos por caso— se ha dispuesto que los miembros del comité de la sociedad anónima, pertenecientes al salariado obrero y empleado, asistan con voz consultiva a todas las sesiones del consejo de administración de la empresa; y la ley otorga ventajas a aquellas empresas donde el capital ha decidido compartir con la mano de obra el beneficio de las mejoras de productividad¹⁴⁴.

La gran dificultad estriba en determinar en cada caso y en cada tipo de empresas cuándo el fenómeno asociativo es bastante importante o extenso para exigir la intervención del poder público¹⁴⁵. La intervención en la empresa no tiene otra justificación que el mejor servicio al bien común; y admite diversos grados: aprobación de reglamentos y formularios, fijación de precios¹⁴⁶, conce-

sión del régimen de monopolio¹⁴⁷, la nacionalización de la empresa¹⁴⁸.

b) *Función orientadora de la libertad individual.*

Ya nos hemos detenido en la influencia de la libertad social sobre los contratos individuales: por una parte, la libertad social hacía partícipe de su propio bien al individuo; por otra, el individuo ordenaba su libertad al bien común. Y cuando, para asegurar el bien general, el poder interviene de algún modo en la empresa, la libertad individual queda igualmente beneficiada y ordenada al bien de toda la comunidad. No todos los contratos se encuentran afectados por la pública intervención; no en todos los contratos individuales viene preestablecido su contenido por los grupos sociales privados; quedan siempre otros tipos de contratación abiertos a la discusión de las partes.

Hay un sector de la contratación que se halla directamente influenciado por lo social (lo social privado y lo social público), y en el que el contratante de ordinario ha de

144. Cfr. las ordenanzas de 22-II-1945 y de 7-I-1959. en SAVATIER, *Le droit au service de la personne* it., p. 316.

145. LACROIX, p. 244.

146. En los contratos que tienen por objeto bienes de vasto consumo, correspondientes a necesidades generales, la acción de los poderes públicos se suele ejercitar con la fijación de precios. MESSINEO, p. 805 s.

147. Cuando se trata de la prestación de servicios de interés general, la concesión por parte del poder público del régimen de monopolio es una necesidad; hay negocios que nadie montaría sin la exclusiva, porque reportarían ganancias para uno solo, pero serían ruinosos si intervinieran varias empresas.

148. Por exigencia del bien común, la nacionalización es aplicable cuando una empresa de interés general es deficitaria (ferrocarriles nacionales, etc.), o cuando produce determinadas materias que deben ser controladas (explosivos, armamento, etc.), o cuando llevan consigo un poder económico tal, que no es posible dejarlo en manos de personas privadas sin peligro del bien común. Pero debe seguirse el principio de subsidiariedad, según el cual no deben extender su propiedad el Estado ni las otras entidades de derecho público, sino cuando lo exigen motivos de manifiesta y verdadera necesidad de bien común, y no con el fin de reducir la propiedad privada, y menos aún de eliminarla.

aceptar lo que le viene dado. Y se habla entonces de «limitación» a la libertad contractual. El término es explicable, pero no adecuado. «Limitaciones» refleja cierto desengaño: se pensaba que la libertad era ilimitadamente soberana, y viene el poder público y la limita, la restringe. Pero es que la libertad en general —y en concreto la libertad en los contratos— no es que otro la limite, sino que es limitada y defectible en su más íntima naturaleza; y si viene ordenada al bien común, de una ayuda y garantía jurídica ha de hablarse y no de una «limitación»¹⁴⁹. La libertad individual se ordena al bien común, con la ayuda y garantía jurídica de la autoridad constituída; esto no supone limitación o falta de libertad, porque la ordenación al bien —esencia de la libertad— queda a salvo. El contrato no puede quedar al ciego arbitrio de los contratantes; tiene que subordinarse al bien común, ha de insertarse en el orden aprobado por el poder público¹⁵⁰; tal adecuación viene dada de un modo automático, en un volumen proporcionado al mayor o menor desarrollo de la vida social de un pueblo: a más grupos sociales, más numerosos son los contratos cuyo contenido viene predeterminado por esos grupos. Por esto, al porqué de esa automática

ordenación al bien común, cada día más frecuente, se suele dar la siguiente respuesta, que puede parecer vaga, pero que es exacta: la transformación, la evolución de la realidad económica y social¹⁵¹.

De todos modos, por más evolucionado en formas sociales que se encuentre un país, la ordenación del contratante al bien común no ha de entenderse siempre como automática, como pura aceptación de un contenido contractual preestablecido por los grupos sociales. En algunos contratos —pensemos, por ejemplo, en el contrato de asistencia a un espectáculo público, en el contrato de transporte urbano, etc.— la contratación se hace mediante la adquisición de un billete de una manera automática. Pero en otros contratos —así, el contrato con una empresa constructora— la ordenación al bien común puede y debe ser lo suficientemente amplia para que los pormenores del contrato puedan ser ultimados por medio de la discusión de las partes.

Siempre que el contenido de un contrato esté de algún modo preestablecido por exigencia del bien común, no es correcto, a nuestro modo de ver, hablar de «limitaciones de la libertad contractual»¹⁵², sino de

149. Tampoco parece definitiva la terminología «limitaciones de la propiedad», a lo que en realidad es la ordenación, directa o indirecta, de la propiedad privada al bien común. Con todo, las así llamadas limitaciones a la libertad contractual constituyen la otra cara de las limitaciones al derecho de propiedad privada; es más, son el reflejo necesario de las limitaciones a la propiedad. Desde el punto de vista social y desde el punto de vista técnico-jurídico, la conexión entre una y otra es innegable, aunque no siempre advertida. MESSINEO, p. 804.

150. Cfr. OSSORIO, p. 1185.

151. Entre otros, MORIN, p. 1; LUÑO PEÑA, *Derecho Natural* cit., p. 417; MESSINEO, p. 803.

152. A modo de ejemplo, utilizan el término «límites» la constitución alemana de Weimar: «en el comercio económico rige la libertad contractual dentro de los límites de la ley» (art. 152, cit. por RADRUCH, *Filosofía*, cit., p. 194); y el Código civil italiano, según el cual las partes pueden «liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti della legge» (art. 1.322, § 1). En alguna sentencia (13-VI-1944),

orientaciones o de normas generales encauzadoras de la actividad contractual.

Algunos ejemplos de la función orientadora de la libertad individual, consecuencia de la mayor o menor intervención pública: los casos de obligación de contratar, que están vinculados a situaciones públicas (prestaciones de servicios de utilidad general, y en tal sentido público) y que pueden justificarse porque tienden a favorecer a la masa de los consumidores¹⁵³; prohibiciones legales; los llamados contratos públicos, en los que el contenido está más o menos predeterminado por la ley¹⁵⁴; la fijación de precio de artículos sometidos a tasa, etc.

c) *Función coordinadora entre las partes contratantes.*

No puede la pública autoridad desentenderse de la justicia conmutativa¹⁵⁵: el contrato puede convertirse en el instrumento por el que de hecho unos sujetos ejercen dominio sobre otros¹⁵⁶, y la autoridad debe evitarlo. Sea entre individuo e indivi-

duo, sea entre empresa y empresa, sea entre empresa e individuo, el contrato puede carecer de aquella cierta equivalencia entre las prestaciones, en perjuicio de una de las partes, de la parte más débil; y al poder constituido corresponde la función de lograr la coordinación de los intereses de ambos contratantes.

a') *Función legislativa.*

En el contrato debe asegurarse cierta igualdad entre las partes¹⁵⁷; y para que esa igualdad entre las partes sea un hecho, no pueden quedar sometidos a unas mismas normas contratantes que disponen de distinto poder para negociar¹⁵⁸. Las normas generales deben dirigirse a asegurar que uno de los contratantes no resulte abandonado a la prepotencia del otro y a sufrir los efectos de su mayor debilidad económica. Las leyes deben dirigirse a evitar que la disparidad económica se convierta en presión económica; y tendrán que someter a rigurosos presupuestos la validez o eficacia de las cláus-

el Tribunal Supremo español ha hablado de «restricciones», no ya fundadas en la ley sino en la misma «ratio iustitiae»: «el principio de autonomía contractual admite restricciones, por razón de la buena fe que preside la contratación—, y más concretamente por razón del elemento de justicia objetiva».

153. MESSINEO, p. 806. Negarse a contratar no puede, en principio, ser considerado como ilícito, cualquiera que sea el motivo. Pero cuando se trata de un servicio público o de un monopolio de hecho o de derecho, no puede entonces ser rehusado sin un motivo legítimo constituido por una falta de la otra parte, como sería, por ejemplo, la violación de la ley o de los reglamentos. M. PLANIOL, G. RIPERT y P. ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, VI, 1² (Paris 1952) p. 807 s.

154. En derecho español, como casos típicos de contratos que fueron minuciosamente legislados, cabe citar, entre otros, el contrato de arrendamientos rústicos (ley 15-III-1945), el contrato de arrendamientos urbanos (ley 31-XII-1946) y el contrato de trabajo (ley 18-VII-1944).

155. En sentido contrario, MERKELBACK, *Summa Theologiae Moralis* cit., p. 254, afirma que la justicia conmutativa es una virtud que reside «simpliciter» en las personas privadas.

156. PUIG BRUTAU, p. 45.

157. CASTÁN, p. 29. Esa igualdad —añade— tiene la finalidad de que la libertad de cada uno de los contratantes esté contrapesada por la libertad del otro.

158. PUIG BRUTAU, p. 44.

sulas que el contratante fuerte ha predis-
puesto. De este modo, se restituye al otro
contratante la paridad sustancial de que es-
ta inicialmente privado ¹⁵⁹.

Como medida legislativa se impone la de
considerar como nulo el contrato en que una
persona se aprovecha del estado de necesi-
dad, de la ligereza o inexperiencia de la otra,
y logra, o se hace prometer, una prestación
que encierra ventajas económicas que noto-
riamente superan el valor de la contrapres-
tación, de modo, que tenidas en cuenta las
circunstancias, la desproporción resulte evi-
dente ¹⁶⁰. En general, el movimiento legisla-
tivo contemporáneo acusa un retorno a la
prohibición de la injusticia usuaria, toda
vez que el contrato no debe servir a la
explotación de los débiles, y la autoridad so-
cial tiene la misión de asegurar el respeto
a los derechos primordiales de la persona
humana ¹⁶¹. Y esa defensa que, mediante nor-
mas prohibitivas, la ley hace del débil, del
poco inteligente, del que se encuentra en
una situación angustiosa, debe extenderse
también a otros contratos ¹⁶².

Detengámonos un momento en los con-
tratos de adhesión. Sólo el núcleo central del
contenido es realmente conocido y, junto al
núcleo, existe una zona periférica que el con-
tratante de ordinario desconoce. Quien con-
cierta un contrato de seguro —valga el ca-
so— sabe que ha contratado con la compa-

ña un seguro de vida, por tal capital y por
cierta prima al año; este es el núcleo cono-
cido y aceptado. Pero el asegurado normal-
mente no tiene conocimiento de todo ese fá-
rrago de cláusulas que la póliza suele con-
tener impresas, en letra microscópica, cua-
jadas de términos técnicos y redactadas por la
compañía con toda suerte de reservas men-
tales; en esta parte se ocultan las estipula-
ciones de caducidad, las exoneraciones de
responsabilidad en favor de la empresa, las
posibilidades de desistimiento unilateral.
Otra ilustración: quien factura un bulto se
limita a cerciorarse de lo que cuesta y del
tiempo que tardará el paquete en llegar a
su destino; y no conoce por lo general el re-
glamento interno de la compañía de trans-
portes que prevé la irresponsabilidad por
daños o por retrasos, las limitaciones de in-
demnización en caso de hurto o extravío, los
plazos breves de caducidad de las recla-
maciones. Un remedio por vía legislativa ge-
neral puede disponer que, si no son especí-
ficamente aprobadas por escrito no obli-
guen, ni las cláusulas que establezcan, en
favor de las que redactó, limitaciones de res-
ponsabilidad, facultad de rescindir el con-
trato o de suspender su ejecución; ni las
cláusulas que impongan al otro contratante
limitaciones a la capacidad de oponer ex-
cepciones, derogaciones a la competencia de
las autoridades, etc. ¹⁶³.

159. MESSINEO, p. 806.

160. Se pronuncia en este sentido el § 138 del BGB, *Código civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch)*, trad. C. Melón Infante (Barcelona 1955) p. 27.

161. MORIN, p. 40. Ya ha sido dicho antes que el derecho de la Baja Edad Media, elaborado por teólogos y canonistas, prohibía lo que se llamaba la injusticia usuraria, es decir, siguiendo la definición de S. Buenaventura, la explotación de otro bajo el velo del contrato (p. 10).

162. CANDIL, p. 46.

163. Este último remedio legislativo lo contiene el art. 1341 del Código civil italiano. Cfr. en general CANDIL, p. 61-63.

Por fin, a consecuencia de una fuerte transformación de la vida económica, un tipo de contratos inicialmente equilibrados pueden resultar excesivamente onerosos para una de las partes y convertirse en objetivamente injustos. Y para algunos de estos casos, junto al remedio judicial, puede ser de utilidad la promulgación de una ley de revalorización de la moneda ¹⁶⁴.

b') Función judicial.

No basta la genérica función legislativa con tendencia a equilibrar, a coordinar los intereses de las partes. Las relaciones de los individuos entre sí, del individuo con la sociedad, la relación de la sociedad y de la autoridad con cada uno de los individuos, deben cimentarse sobre un claro fundamento jurídico, y estar protegidas, cuando sea necesario, por la autoridad judicial.

En algunos casos, puede que la ley positiva vaya contra la razón de justicia; y entonces debe dejarse a un lado la letra de la ley y seguir lo que señala la *ratio iustitiae* y el bien común ¹⁶⁵. La *epikeia* o equidad —así se llama— es la parte mejor de la justicia

legal, porque se remonta al fin último de la sociedad civil, prescindiendo del fin inmediato, dado por la letra de la ley ¹⁶⁶. Y la función de la *epikeia*, en general y en concreto respecto a los contratos, es una típica función judicial. En el derecho contractual individualista la ley concede un excesivo respeto a las convenciones privadas, en detrimento de la equidad y de las exigencias morales; amparados en el texto legal, caben innumerables abusos y verdaderas injusticias, dentro de la compraventa, del arrendamiento y de los demás contratos; y los jueces necesitan amplias facultades para reducir obligaciones excesivas o declarar ineficaces cláusulas draconianas, para corregir en definitiva los abusos que puedan cometerse a la sombra de la ley ¹⁶⁷.

El contrato oneroso debe interpretarse por el juez en el sentido de la mayor reciprocidad de intereses ¹⁶⁸. La reciprocidad, la cierta proporción o equivalencia entre las prestaciones, necesita estar actualizada; por eso, algunas veces es conveniente la revisión de los contratos ¹⁶⁹. Va creciendo el número de países en que se da al juez el poder de revisión de los contratos en una me-

164. La legislación revisionista de este tipo para resolver los problemas que había suscitado la pérdida progresiva del valor de la moneda puesta en circulación en la zona roja, fue la dada en España con la ley 7-XII-1939. CASTÁN, p. 271.

165. II-II, 120,1c.: «Contra aequitatem iustitiae et contra bonum commune malum est sequi legem positam: bonum autem est, praetermissis verbis legis, sequi id quod poscit iustitiae ratio et communis utilitas. Et ad hoc ordinatur epikeia quae apud nos dicitur aequitas».

166. II-II, 120,2, ad 1: «Epikeia correspondet proprie iustitiae legali: et quodammodo continetur sub ea, et quodammodo excedit eam. Si enim iustitia legalis dicatur quae obtemperat legi, sive quantum ad verba sive quantum ad intentionem legislatoris, quae potior est, sic epikeia est pars potior iustitiae legalis».

167. CASTÁN, p. 330 s.

168. Así lo indica, por ejemplo, el art. 1.298 del Código civil español.

169. En el derecho moderno han desaparecido instituciones, como el beneficio de competencia y recurso de rescisión por lesión, que atenuaban en otros tiempos el rigor de los principios jurídicos. CASTÁN, p. 330.

dida bastante amplia¹⁷⁰, que le autoriza a modificar el contrato en la parte que aparece como injusto.

Para la revisión de los contratos de adhesión debe aplicarse un criterio especial de interpretación, que favorezca al contratante individual, que será de ordinario la parte más débil. He aquí una decisión judicial que acoge ese criterio: «Si pudiera estimarse que la condición 18.^a de la póliza de seguro envolvía alguna oscuridad, habrá de ser tenido en cuenta que el seguro es, prácticamente, un contrato de los llamados de adhesión, y por consiguiente, en caso de duda sobre las condiciones generales de una póliza —redactada por la compañía sin intervención

alguna de los clientes— se ha de adoptar (...) la interpretación más favorable al asegurado, pues sólo ella (la empresa) redactó la cláusula general oscura»¹⁷¹.

La revisión del contrato por parte de los tribunales se nos ofrece también como sistema adecuado para llegar a una solución equitativa y justa, en los casos de cambio extraordinario o verdadera transformación de las circunstancias¹⁷². Por elemental sentido de justicia, es necesario convertir en jurídica la norma moral que lleva implícita la cláusula *rebus sic stantibus*¹⁷³. Esta doctrina, cuya práctica se difundió en la Edad Media, fue rechazada por la legislación liberal¹⁷⁴, para volver a ser acogida última-

170. MORIN, p. 39.

171. Es la sentencia del Tribunal Supremo español de 13-XII-1934. Aplica el art. 1.288 del Código: «la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad». Sobre el origen histórico de este precepto, vid. ROYO MARTÍNEZ, o. c., p. 67 s. El Código civil italiano hace una referencia concreta a los contratos de adhesión: establece que las cláusulas insertas en las condiciones generales del contrato o en módulos o formularios preparados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra parte (art. 1.370).

172. PUIG BRUTAU, p. 365. Más adelante (p. 370 s.) comenta que, en caso de cambio extraordinario de las circunstancias, no debe procederse a la resolución del contrato, sino a la revisión para adaptarlo a las circunstancias que se presenten cambiadas. En lugar de un inflexible «todo o nada» acerca de la eficacia del contrato, procede examinar si es justo y socialmente conveniente conceder al deudor agobiado por las circunstancias imprevistas un aplazamiento o una reducción de la obligación de pago. Responde a una concepción que ha de ser superada considerar que semejantes resultados sólo pueden obtenerse si las partes interesadas se ponen de acuerdo sobre el particular, y que el juez no puede intervenir para dejar nuevamente configurada la relación contractual. No se hace verdadera justicia destruyendo las situaciones contractuales; basta modificarlas en la medida conveniente: de esta manera se evitan las rupturas violentas, y se logra la continuidad, base del orden económico. CANDIL, p. 144-147. Este criterio ha sido acogido por alguna sentencia del Tribunal Supremo español, como ésta, de 17-V-1941: «Es contrario a razón y justicia decretar, no la revisión de un contrato para restablecer el equilibrio económico que pueda entenderse perturbado, que es a lo que parece inclinarse más la doctrina científica, sino su resolución, con alcance de exonerar a una de las partes de sus obligaciones, imponiendo a la otra la pérdida de la totalidad de los derechos que se propuso adquirir y que obtuvo como causa o razón jurídica de las prestaciones, con que, a su vez, se obligó a contratar».

173. CANDIL, p. 143.

174. La cláusula sobreentendida «*rebus sic stantibus*» no está, por ejemplo, en el código francés, ni en el viejo italiano de 1865, ni en el español, donde, sin embargo, existían precedentes. Una breve exposición histórica de la evolución de la cláusula en el derecho positivo español, en CANDIL, p. 31 s.

mente en alguna nueva legislación¹⁷⁵ o, cuando menos, por la práctica judicial, como ha ocurrido en España. A raíz de la guerra 1936-1939, y en la necesidad de adecuar los contratos a las nuevas circunstancias, el Tribunal Supremo empezó afirmando que la cláusula no estaba admitida claramente por las leyes¹⁷⁶; afirmó poco después que, debido a necesidades de justicia objetiva, había, sin embargo, que reconocer en estos casos la facultad judicial de modificar el contrato¹⁷⁷; añadió más tarde que era posible construir la cláusula dentro del nuestro sistema jurídico y que había que aplicarla con cau-

tela¹⁷⁸; y por último da la cosa por admitida¹⁷⁹.

VI. FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO.

El contrato, como toda actividad humana, está ordenado al bien: la justicia señala el bien que el contrato debe proporcionar a cada una de las partes y a la sociedad; con el ejercicio de la libertad se procura ese bien; y el poder público, en vir-

175. Por ejemplo, el nuevo Código civil italiano de 1942 ha admitido abiertamente nuestra cláusula. Para indicaciones de derecho comparado, vid. CANDIL, p. 32-40.

176. «La teoría jurídica, tan equitativa como necesitada de aplicación cautelosa, que supone implícita en los contratos la cláusula 'rebus sic stantibus' no está admitida hasta el presente en el derecho español como norma general y bien perfilada, siquiera pueden registrarse en el mismo código y en la legislación del nuevo Estado, con relación a determinados casos, algunos atisbos y aplicaciones aisladas de ella» (sent. 14-XII-1940).

177. «Atenta nuestra legislación civil al principio de autonomía de la voluntad en régimen contractual, que requiere el cumplimiento de lo pactado en los términos convenidos, admite, sin embargo, ciertas restricciones por razón de la buena fe que preside la contratación..., y más concretamente por razón del elemento de justicia objetiva, implícito en la exigencia de causa en los contratos, referida esencialmente en los onerosos a la reciprocidad o equivalencia de las prestaciones; de tal suerte que en algunas, aunque contadas ocasiones, la ley permite mitigar el excesivo rigor de aquel principio de autonomía, confiriendo el juzgador la facultad de acomodar lo convenido por las partes a las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado al tiempo de ser cumplido lo que se prometió» (sent. 13-VI-1944).

178. Llega el momento en que el Tribunal Supremo no excluye «la posibilidad de construir en el ámbito del derecho vigente, la cláusula 'rebus sic stantibus' como medio de restablecer equitativamente el equilibrio de las prestaciones, si lo demandasen imperiosa e inexcusablemente circunstancias muy calificadas... Sin embargo, la cautela con que en materia tan quebradiza debe obrarse esté atenta al designio de que por falta de prudencia en la aplicación, o por excesiva y anormal generalización de la doctrina, pudiera padecer la seguridad pública sin motivo bastante, o atacarse sin sobrada razón la estabilidad de las convenciones, tal como inicialmente se establecieron, según la patente e inequívoca voluntad de las partes. Si las más modernas legislaciones positivas, rindiéndose a esta legítima preocupación doctrinal, dieron paso a la cláusula en cuestión, cuidó de subordinarse su aplicación a la concurrencia de circunstancias extraordinarias e imprevisibles, como medio de templar su excesiva onerosidad para el obligado» (sent. 5-VI-1945).

179. Por ejemplo, en un caso de alteración de las tarifas de transportes ferroviarios, decretó que «en contratos de transporte como el de autos, a muy largo plazo, habría de entrar en juego la justiciera norma de la cláusula 'rebus sic stantibus', que autoriza el acoplamiento de lo convenido a las nuevas circunstancias sobrevenidas que alteran la base económica del contrato y rompen el equilibrio de las recíprocas prestaciones» (sent. 11-VI-1951).

tud de la subsidiariedad, lo garantiza. Y entre los bienes que el contrato persigue —el bien individual, el bien recíproco de las partes y el bien social—, éste, el bien social, tiene la primacía: a él se ordena toda actividad humana¹⁸⁰, a él se ordena la contratación. El contrato se desenvuelve, pues, en el ámbito del bien común, y aquí reside su fuerza obligatoria.

A través del bien particular y del bien común, la actuación humana se ordena al Bien Supremo: es una ordenación gradual, jerárquica, que fundamenta la obligatoriedad moral. Una vez expuesta la doctrina general, buscaremos las aplicaciones prácticas a los contratantes.

15. FUNDAMENTO DE LA OBLIGATORIEDAD MORAL.

Como reza el aforismo, *omne agens agit propter finem*: todo movimiento tiende a un fin. Y la necesidad física, con que las leyes de la naturaleza llevan a su fin a los seres

irracionales, en la criatura racional, está sustituida por la necesidad moral, a la que el hombre, pudiendo física o psicológicamente oponerse, debe sin embargo ajustar su conducta, so pena de perder su último fin y suprema perfección¹⁸¹. El mundo moral se orienta libremente hacia el bien, pues el fin de toda actuación humana es la consecución del bien y, en último término, la consecución del Bien Absoluto, que es el fin último. Y la obligación moral consiste en la libre sujeción a conseguir su fin¹⁸².

A) Ordenación al último fin, Bien Supremo.

El fin se identifica con el bien: un fin particular es un bien particular¹⁸³, el fin general de una sociedad es el bien común y el fin último de todo hombre es el Supremo Bien. Y el hombre está ordenado al Bien Supremo: la bondad del acto humano depende de la recta razón¹⁸⁴, de la rectitud de su conciencia que debe acomodarse a la ley eter-

180. II-II, 58,5c.: «Et quia ad legem pertinet ordinare in bonum commune... inde est quod talis iustitia, praedicto modo generalis dicitur iustitia legalis: quia scilicet per eam homo concordat legi ordinanti actus omnium virtutem in bonum commune».

181. D. N. DERISI, *Fundamentos metafísicos del orden moral* (Madrid 1948) p. 280.

182. Cfr. I-II, 99,1c.—Vid. «L'eticità della coazione giuridica», en OLGATI, *Il concetto di giuridicità* cit., p. 181-183.

183. I, 103,2c.: «Bonum habet rationem finis. Unde finis particularis alicuius rei est quoddam bonum particulare: finis autem universalis rerum omnium est quoddam bonum universale».—Las ideas de bien y de fin se relacionan tan profundamente que puede afirmarse, utilizando una expresión escolástica, «bonum et causa finalis convertuntur».

184. In II Eth. 7,1: «Tota bonitas virtutis dependet ex rectitudine rationis... Ratio recta se habet ad appetitum rectum sicut motivum et regula extrinseca».—«Recta ratio» Aristóteles la emplea para designar la razón prudencial («recta ratio agibilium»); Santo Tomás usa el término para resolver un problema más teórico y general: la norma de moralidad, discriminatoria entre el bien y el mal, independientemente del momento de la acción. LOTTIN, *Morale Fondamentale* cit., p. 171-173.

na¹⁸⁵, norma suprema y objetiva de toda moralidad¹⁸⁶.

B) *El bien común y la graduación de fines.*

El Sumo Bien, causa de cualquier bien particular¹⁸⁷, es el bien común por excelencia, dado que el bien de todas las cosas de él depende¹⁸⁸. Pero de ordinario no comunica su propio bien de modo directo: lo que más participa de su bondad es, a su vez, causa de la bondad de otros seres. Y de manera análoga, en el plano ascendente de la moralidad, la ordenación al Bien Supremo no

es directa, sino que se realiza a través de bienes más perfectos que el bien particular: lo menos perfecto se ordena a lo más perfecto, a lo más próximo al último fin¹⁸⁹. El bien, cuanto más general, es más divino¹⁹⁰, más semejante a Dios, más perfecto en bondad¹⁹¹; por eso el bien individual ha de estar ordenado al bien de la familia, y éste, a su vez, al de la comunidad¹⁹² que, aun no siendo el último fin, es medió necesario para alcanzarlo¹⁹³. Y no se concibe que una persona pueda ser buena y recta, si no ordena de un modo proporcionado su actividad al bien común¹⁹⁴: la ordenación del bien particular al bien común, para llegar al Bien

185. *I-II*, 21,3c.: «In his vero quae agunt per voluntatem, regula proxima est ratio humana, regula autem suprema est lex aeterna. Quando ergo actus hominis procedit in finem secundum ordinem rationis et legis aeternae, tunc actus est rectus: quando autem ab hac rectitudine obliquantur tunc dicitur esse peccatum».—Vid. L. LEHU, *La raison règle de la moralité d'après S. Thomas* (Paris 1930).

186. La ley positiva es norma de moralidad en la medida que se funda en la ley o razón natural. El simple hecho de ser declarada una norma por el poder legislativo no basta para crear un verdadero derecho. Vid. LOTTIN, o. c., p. 136.

187. *In II Sent.* 47,1,4: «Bonum enim in rebus surgit ex duplici ordini: quorum primus et principalis ordo est rerum omnium ad finem ultimum, qui est Deus; secundus ordo est unius rei ad aliam rem; et secundus est propter primum».

188. *GG III*, 17: «Bonum autem summum, quod est Deus, est bonum commune, cum ex eo universorum bonum dependeat».

189. *GG III*, 64: «Unumquodque intendens aliquem finem magis curat de eoque quod est propinquius fine ultimo, quia hoc etiam finis aliorum».

190. *In II Sent.* 9,1,3: «Bonum gentium [el bien de la familia] est divinius quam bonum unius hominis». Casi con los mismos términos en *CG II*, 42: «In rebus humanis bonum gentis est divinius quam bonum unius».—*In II Sent.* 11,1: «Quanto bonum est communius, tanto est divinius».—*In III Sent.* 32,5,4: «Bonum commune est divinius quam bonum unius».—*I-II*, 31,4, ad 2: «Bonum commune multorum divinius est quam bonum unius».

191. *I*, 93,2, ad 3: «Quando aliquid est magis perfectum in bonitate, tanto magis est Deo simile».

192. *I-II*, 90,3, ad 3: «Sicut homo est pars domus, ita domus est pars civitatis: civitas autem est communitas perfecta. Et ideo sicut bonum unius hominis non est ultimus finis, sed ordinatur ad bonum commune: ita etiam bonum unius domus ordinatur ad bonum unius societatis, quae est communitas perfecta».

193. *De Reg.* 1,14: «Non est ergo ultimus finis multitudinis congregatae vivere secundum virtutem, sed per (nótese la necesidad instrumental) virtuosam vitam pervenire ad fruitionem divinam».

194. *I-II*, 92,1, ad 3: «Cum igitur quilibet homo sit pars civitatis, impossibile est quod aliquis homo sit bonus nisi sit proportionatus bono communi».—*I-II*, 19,10c.: «Non est autem recta voluntas alicuius hominis volentis aliquod bonum particulare, nisi aliud in bonum commune sicut in finem; cum etiam naturalis appetitus cuiuslibet partis ordinetur in bonum commune totius».

Supremo, es el sentido de la obligatoriedad moral.

16. LA OBLIGATORIEDAD EN EL CONTRATO.

A) *La fidelidad a la palabra dada.*

Durante muy largos siglos, la humanidad no llegó a reconocer que un simple cambio de palabras engendrara una obligación jurídica. Los trabajos de los sociólogos nos han revelado, en las civilizaciones primitivas, el uso de recurrir, para fijar la voluntad del deudor, a ritos religiosos o a imprecaciones mágicas; después, aunque simplificado, el formalismo permanece. Incluso en el derecho justiniano, el nudo pacto, es decir, el simple acuerdo de voluntades sin formalidad alguna, no engendra obligación: *ex nudo pacto actio non nascitur*. Esta regla romana fue abandonada posteriormente, a partir de los siglos XIII y XIV, bajo la influencia del derecho canónico; y se llega a la obligatoriedad jurídica de la promesa acompañada de juramento, y después a la obligatoriedad de la simple promesa. La fuerza obligatoria de la promesa queda entonces fundada en el deber de sinceridad dictado por el Decálogo: es hacia Dios, más que hacia el acreedor, hacia quien está obligado el promitente. La fuerza obligatoria del contrato tiene, pues, un origen religioso, que ha dejado trazas en el lenguaje popular: se habla en efecto del «carácter sagrado de la promesa» y de la «religión de la palabra dada». El contratante no tiene la facultad de

eximirse del cumplimiento de esta regla; pero, en caso de cambio sustancial de las circunstancias, podrá ser dispensado de observarla¹⁹⁵.

Con el liberalismo, toda fundamentación trascendente de la obligatoriedad desaparece. La fuerza obligatoria de la promesa, en lugar de explicarla por una regla superior a la voluntad, pretende derivarse de la voluntad misma: el hombre se ha vinculado porque ha querido. La voluntad humana es, según el pensamiento liberal, un absoluto: delante de la libertad, el juez encargado de la ejecución del contrato, y también el legislador, han de inclinarse, y no tienen jamás la facultad de revisión. Ninguna autoridad exterior puede liberar al individuo del compromiso de aquello a que voluntariamente ha consentido y de lo que nunca puede eximirse. En el régimen individualista, el lazo contractual es más rígido que en los regímenes anteriores. Claro que el sistema está en contradicción con el principio que le sirve de base: ¿cómo puede concebirse una soberanía que, sin dejar de ser tal, se forja un lazo que la encadena definitivamente?¹⁹⁶. Para la concepción jurídica individualista, el contrato obliga siempre, y únicamente se extiende a lo expresado por la voluntad contractual¹⁹⁷.

B) *Subordinación de la palabra dada al orden objetivo.*

Hoy asistimos a una fuerte reacción contra la autonomía de la voluntad: se piensa

195. Cfr. MORIN, p. 31-33.

196. *Ibidem*, p. 34.

197. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho* cit., p. 192; CASTÁN, p. 331.

que las reglas de la vida social no pueden derivar arbitrariamente de la voluntad del hombre, y que existe un derecho objetivo, exterior a la voluntad humana, que se le impone. En esta concepción, la fuerza obligatoria de la promesa no se deriva ya de la voluntad del promitente; se fundamenta en consideraciones de justicia respecto al acreedor y en las exigencias del buen orden social, toda vez que es necesario que reine una confianza recíproca entre las personas. El deber de respetar la palabra dada no se pone en discusión: la promesa permanece para las partes; no se les puede reconocer el derecho a incumplir por voluntad unilateral un contrato. Pero el vínculo contractual no puede ser considerado intangible, frente a la autoridad social, guardiana de la justicia y del interés colectivo¹⁹⁸.

El pensamiento jurídico y el actual movimiento legislativo, han vuelto su rostro a aquellos tiempos en que el derecho estaba informado por la moral¹⁹⁹. La promesa obliga, por respecto a la palabra empeñada, por testimonio de veracidad; pero hay dos

casos en que no es obligatoria: cuando se promete una cosa ilícita, porque entonces se hizo mal, pero cambiando de propósito se obra bien; y cuando cambian las circunstancias de las personas y de las cosas²⁰⁰.

a) *Subordinación de la palabra dada a la norma moral general.*

La palabra dada acerca de un objeto que abiertamente se opone a la moral es una palabra que no tiene la menor fuerza obligatoria, ni moral, ni jurídica; hasta los legisladores más liberales lo tienen presente²⁰¹. Pero es que, aun cuando la materia sobre la que versa el contrato sea lícita, si el fin que con ese objeto pretende el contratante no lo es, tampoco debe obligar el contrato. En tal motivación se apoya alguna sentencia judicial, que considera «ineficaz todo contrato que persiga un fin ilícito e in-moral, cualquiera que sea el medio empleado por los contratantes para perseguir esa finalidad»²⁰².

198. Recogiendo el pensamiento de Counot, MORIN, p. 35; también p. 30 s.

199. Vid. J. ROUSSIERS, *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Eglise* (Paris 1933).

200. II-II, 110,3 ad 5: «Ille quod aliquid promittit, si habeat animus facendi quod promittit, non mentitur: quia non loquitur contra id quod gerit in mente. Si vero non faciat quod promisit, tunc videtur infideliter agere per hoc quod animum mutat. Potest tamen excusari ex duobus. Uno modo si promisit id quod est manifeste illicitum: quia promitendo peccavit, mutando autem propositum bene facit. Alio modo si sunt si sint mutatae conditiones personarum et negotiarum».

201. Por ejemplo, según el Código civil español (art. 1255), «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes, siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral, ni al orden público».

202. En esta sentencia (12-IV-1946), el Tribunal Supremo español ha forzado la doctrina de la causa, «elevando por excepción el móvil a la categoría de verdadera causa en sentido jurídico, cuando imprime a la voluntad la dirección finalista e ilícita del negocio». En el mismo sentido, vid. sents. 8-IV-1941 y 24-III-1950, entre otras.

b) *Subordinación de la palabra dada a la «ratio iustitiae».*

a') Subordinación a la «ratio particularis».

Para quedar a lo prometido se requiere que las circunstancias permanezcan invariables: cuando las cosas mudan, el mismo cambio exime de la promesa y da libertad para tomar una nueva deliberación. Para que una promesa obligue, las cosas han de estar en el mismo estado en que se encontraban cuando la promesa se hizo²⁰³: las obligaciones no son siempre las mismas; varían con las circunstancias²⁰⁴. Una prestación inicialmente justa, si, con el pasar del tiempo, atendidas las circunstancias, se hace injusta, entonces no obliga; hay que entender que, si al celebrarse el contrato, hubiera concurrido las nuevas circunstancias, ese contrato, o no se hubiera concluido, o se hubiera estipulado de otra manera²⁰⁵. La equi-

dad estará llamada aquí a temperar, a moderar el rigor de las cláusulas contractuales, si es preciso, con la intervención judicial²⁰⁶.

b') Subordinación a la «ratio socialis».

La fuerza obligatoria del contrato debe estar bajo la dependencia de la equidad y de las necesidades de orden social²⁰⁷. El ulterior aspecto de la obligatoriedad del contrato es su utilidad social. De aquí se deriva por un lado que, para que el contrato obligue, no basta con que las partes lo hayan querido; debe concurrir también la utilidad social. De otro lado, en algunos casos, aunque sean excepcionales, el contrato puede obligar, aun cuando no haya precedido el concurso de la voluntad de las partes en determinar el nacimiento y en promover los efectos²⁰⁸. El contrato es *lex privata*, una ley que no promulga el que dirige la comunidad, sino que la establecen las partes, y como tal ley, *ordinatio ad bonum*

203. *II-II*, 110,3, ad 5: «Ut enim Seneca dicit, in libro *De beneficiis*, ad hoc homo teneatur facere quod promisit, requiritur quod omnia immutata permaneant: alioquin nec fit mendax in promittendo, quia promisit quod habebat mente subintellectis debitis conditionibus; nec etiam est infidelis non implendo quod promisit quia eadem conditiones non extant».

204. «Aequum tempore commutatur, commutatus officium, et non semper idem est». CICERÓN, *De officiis*, 1, 1, 10, recogido por CANDIL, p. 24 s.

205. «Si la cosa que fue justa al tiempo de prometerla y posible no muy difícil al prometedo, y útil al promisorio, se tornase por tiempo injusta, o imposible o muy difícil o inútil al promisorio, o dañosa al que promete, entonces la promisión se tornaría inválida y sin fuerza[...]. Así como el voto que de principio fue válido se hace inválido por la mudanza de las cosas[...]. Esta mudanza de cosas, para que haga la promisión inválida, no ha de ser cualquiera, sino tal que si el que promete la entendería al principio cuando prometió, en ninguna manera prometiera». Es comentario a *II-II*, 110,3, ad 5, de Francisco GARCÍA, *Tratado utilísimo y muy general de todos los contratos cuantos en los negocios humanos se suelen ofrecer* (Valencia 1583) p. 54.

206. MESSINEO, p. 938.

207. MORIN, p. 25 s.

208. G. MAROI, *Scritti Giuridici*, II (Milano 1956) p. 746, n. 1; MESSINEO, p. 809.—Una solución del todo nueva se introduce progresivamente en la legislación francesa: el contrato puede permanecer en vigor más allá del término fijado por las partes. A partir de ese momento la fuerza obligatoria tiene su fuente en la ley, no en la voluntad de los contratantes. MORIN, p. 28.

commune, tiene fuerza obligatoria en cuanto se ordena al bien común²⁰⁹, ya de un modo directo (*ratio socialis*), ya de un modo indirecto, pues el bien de las partes (*ratio particularis*) contribuye al bien del todo.

Tal como sale de la declaración de voluntad de los contratantes, el contrato, en cierto número de casos, no basta para satisfacer los intereses de las mismas partes, no sirve al fin para que ha estado concluido. Acude aquí un dato de notable importancia: el contrato ha de ser considerado en el seno de lo que podría llamarse un «ambiente normativo», siempre preexistente y presupuesto, en el que se inhiere y encuentra explicación. Y se habla a propósito de tales normas de «integración del contrato». Va dirigida, no a establecer el sentido de la voluntad contractual (esto es interpretación), sino a hacer sacar del contrato efectos que no podrían deducirse de la mera interpretación.

El alcance y la medida de los efectos del contrato vienen establecidos sobre la base de criterios objetivos, derivados de la ley, de los usos, de la equidad, y que forman ese «ambiente normativo» que integra el contenido necesario de todo contrato. La consideración de la sola voluntad de las partes se ha de reputar insuficiente: sin menospreciarla, ha de ser encuadrada en un más vasto y comprensivo sistema de

principios. Por aplicación de las normas de integración, el alcance práctico, jurídico, del contrato queda ampliado (o modificado) por efectos que se añaden (o sustituyen) a los efectos expresamente requeridos. Pueden darse efectos contractuales involuntarios y derogatorios de la voluntad contractual, pero que no por eso son menos vinculantes: aunque ignorados o no queridos por las partes, el ordenamiento jurídico las hace siempre acompañar a la declaración de voluntad. Por qué el ordenamiento jurídico impone tales obligaciones, puede explicarse por razones de tipo social y, si la palabra no parece excesiva, de ética²¹⁰.

17. LA OBLIGATORIEDAD Y LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN.

En el primer principio de la contratación, en la justicia contractual, descansa la fuerza obligatoria del contrato. La palabra dada, expresión de la libertad contractual, obliga, en cuanto que está de acuerdo con la *ratio iustitiae*; si se opone, deja de obligar, como ocurre en los casos de cambio esencial de las circunstancias, bien sean subjetivas por parte del contratante, o bien objetivas por parte de la misma cosa objeto del contrato. En estos supuestos, cuando el nuevo acuerdo de las partes, o el juez, conforme a justicia, mo-

209. Según la filosofía jurídica individualista, el contrato es el fundamento de todo derecho. ¿Cómo es posible —se pregunta— que el derecho, que existe sólo para servir a los individuos, pueda sin embargo ligar y volverse alguna vez contra los intereses de estos mismos individuos? Es la inversión de los términos: no es el contrato —la voluntad— la que por sí obliga, sino la ley la que obliga en el contrato. RADBRUCH, o. c., p. 189 s.

210. MESSINEO, p. 935-938. «Integración del contrato»: el concepto y la locución son debidas a Redendi, y están desarrollados en los arts. 1.347, 1.349, 1.384, 1.450, 1.467, 1.468 y, sobre todo, en el art. 1.374 del Código civil italiano.

difican la relación contractual, el contrato adquiere otra vez fuerza obligatoria. No es, pues, la voluntad; es la justicia la que obliga en el contrato.

La voluntad de las partes se nos muestra insuficiente para prever todos los efectos y consecuencias que el contrato está llamado a realizar en la vida social. Hay un conjunto de normas —unas establecidas por las leyes; otras, por los usos privados— que obligan en el contrato. Es de nuevo, de la justicia, del orden jurídico, privado y público, de donde recibe el contrato su obligatoriedad. Una consecuencia práctica más de esa ordenación del bien particular al bien común que el contrato actualiza.

VII. APORTACIONES METODOLOGICAS

Para concluir el presente estudio, señalemos cuáles consideramos como sus principales aportaciones metodológicas a la filosofía del derecho:

1) No sólo supera el concepto individualista de contrato, sino que proporciona las bases filosóficas para trascender también la otra visión, igualmente deficiente, producto del positivismo jurídico, cuando se proyecta sobre la realidad contractual.

2) Es obvio que, sin unos presupuestos éticos y metafísicos, la teoría general del contrato aboca fatalmente en un callejón sin

salida; con ellos, en cambio, es posible una construcción doctrinal sólida y coherente.

3) Son precisamente tres principios —la justicia, la libertad y la subsidiariedad— los que, desde una perspectiva más elevada, explican la genuina naturaleza del contrato, como libre instrumento de la realización del orden justo. Cada uno de esos principios tiene su exacto lugar y su propia dinámica, en estrecha interrelación con los demás. Y de ellos recibe su fuerza la obligatoriedad jurídica.

4) Al dejar perfilada la que podemos llamar «concepción unitaria del contrato», nos preguntamos si acaso no se contienen en esos tres principios las directrices orientadoras de todo el derecho privado.

5) La metodología seguida en estas páginas puede ser provechosa para los iusnaturalistas, en cuanto que ensaya una *via media* entre esa filosofía jurídica de formulación abstracta y sin aplicaciones inmediatas a la realidad de la vida del derecho, y un mero legalismo, a ras de la legislación, sin el menor vuelo especulativo. Estimamos que, en nuestra institución, la aproximación del pensamiento filosófico al tráfico jurídico se ha mostrado científicamente fecunda.

6) Quizá la raíz de esta fecundidad tenga que buscarse en la unión de la técnica jurídica con el estudio decidido de la más alta y vigorosa expresión del pensamiento humano: la filosofía —en particular la ética y la metafísica— de Aristóteles, llevada a su plenitud por Tomás de Aquino.